民國叢書

第四編

·26·

政治・法律・軍事類

中國刑法溯源

徐朝陽著

中國刑法史

黄秉心編著

上海書店

中國刑法溯源

徐朝陽著

中華民國二十二年三月初版
中華民國二十三年一月再版

（一〇三七四）

國學小叢書 中國刑法溯源一冊

每冊定價大洋柒角

外埠酌加運費匯費

著作者 徐朝陽

主編 發行人 王雲五 上海河南路

印刷所 商務印書館 上海河南路

發行所 商務印書館 上海及各埠

目次

第一編　總論

第一章　刑法之名稱……一
第二章　刑法之意義……三
第三章　刑法之編制……八
第四章　刑法與刑事法……一三
第一節　法院編制法……一四
第二節　刑事訴訟法……一六
第五章　刑法之成立……二〇
第六章　刑法之制度……三〇

第七章　刑法之目的……三六
第一節　應報主義……三七
第二節　豫防主義……四一
第八章　國家刑罰權之根據……四七
第一節　刑法與天道……四九
第二節　刑法與道德……五六
第九章　刑法之公布……七一
第十章　刑法之施行……七六
第十一章　刑法之效力……八〇
第一節　關於時之效力……八〇
第二節　關於人之效力……八五
第三節　關於地之效力……九〇

第二編　犯罪

第一章　總說……九五
第二章　族罪刑考……九六
第三章　犯罪之要素……一〇四
第一節　總說……一〇四
第二節　責任……一〇七
第一款　總說……一〇七
第二款　責任能力……一〇八
第一項　未滿七歲及七十歲以上人……一〇八
第二項　精神病人……一一五
第三款　責任要件……一一七

第一項　故意……一一七
第二項　錯誤……一二〇
第三項　過失……一二三
第三節　不法行爲……一二六
第一款　總說……一二六
第二款　正當防衛及緊急避難行爲……一二七
第三款　復讐行爲……一三五
第四款　職務行爲……一四〇
第五款　業務行爲……一四一
第六款　親權行爲……一四一
第七款　自害行爲……一四二
第四章　犯罪之狀態……一四六

第一節　總說……一四六
第二節　累犯……一四七
第三節　併合論罪……一五二
第四節　共犯……一五四

第三編　刑罰

第一章　刑罰之意義……一五六
第二章　刑罰之種類……一五八
第一節　總說……一五八
第二節　生命刑……一六〇
第三節　身體刑……一六四
第一款　總說……一六四

第二款　身體刑之種類……一六六
第一項　墨……一六七
第二項　劓……一七一
第三項　剕……一七一
第四項　宮……一七五
第五項　刵……一八〇
第四節　財產刑……一八一
第一款　罰金……一八六
第二款　沒收……一九八
第五節　名譽刑……二〇二
第六節　能力刑……二〇五
第七節　自由刑……二〇八

第一款　總說……二〇八
第二款　自由刑之種類……二〇九
第一項　流刑……二〇九
第二項　徒刑……二一六
第一目　無期徒刑……二一六
第二目　有期徒刑……二一八
第三項　懲役刑……二二一
第一目　有期懲役自由刑……二二三
第二目　無期懲役自由刑……二二六
第三章　刑之適用……二三二
第一節　總說……二三二
第二節　法律上之加減……二三五

第三節　審判上之加減……二三七
第四章　刑罰之執行……二四一
第一節　總說……二四一
第二節　生命刑之執行……二四二
第一款　生命刑執行之方法……二四二
第二款　生命刑執行之場所……二五二
第三款　生命刑執行之時期……二五七
第三節　身體刑之執行……二五九
第四節　自由刑之執行……二六〇
第五節　財產刑之執行……二六一
第六節　刑罰執行之易科……二六二
第一款　易科罰金……二六二

第二款 財產刑之易科……二六二
第九章 刑罰之消滅……二六五

第四編 監獄

第一章 總說……二七〇
第二章 監獄之名稱……二七〇
第三章 監獄之種類……二七四
第四章 監獄之構造……二七六
第五章 給養……二七八
第六章 勞役……二八四
第七章 教誨……二八七
第八章 衛生及醫治……二八九

第九章　刑具……………………………………………………………一一九〇

中國刑法溯源

第一編　總論

第一章　刑法之名稱

法律之用語，代有不同，三代以上，通稱爲刑。帝舜居攝，命皋陶制刑；嗣夏有禹刑，商作湯刑，周作九刑，是法律之用語，最早爲刑。而路史後紀風俗通傳子諸書，謂皋陶造科律，則似律之名詞，與刑同時產生，未足徵信。見於經傳次於刑者爲罰；故書康誥云：「殷罰有倫」也。法之名詞，亦產生於夏商時代，呂氏春秋先識篇云：「夏太史令終古出其圖法。」殷內史云：「於是載其圖法。」周

禮又名刑法爲典，大司寇掌建邦之三典，以佐王刑邦國是也。此外又有法，則，憲之名稱，法律之用語，漸就紛歧矣。韓非有度篇云：『矯上之失，詰下之邪，治亂決繆，絀羨齊非，一民之軌，莫如法；屬官威民，退淫殆，止詐僞，莫如刑。』詮釋刑法，精義無遺。然不稱刑法，而曰刑名，如韓非楊權篇云：『周合刑名，民乃守職。』荀子正名篇云：『刑名從商』故刑名爲當時刑法之名詞。稱刑法學爲刑名學，如史記申子傳云『學本於黃老而主刑名，』商鞅傳云：『鞅少好刑名之學，』韓非傳云：『喜刑名法術之學，』刑名與法術之性質，迥然不侔，非茲章範圍，略而不論。人文漸進，學術競爭，人治法治之爭端尤烈。法律之用語，類皆稱法，而各書稱刑者猶多。蓋我國刑法發達甚早，刑之一字，含義至廣，殆指一切法律而言。自諸子競爭，賦事行刑，皆云曰法，於法律之義較廣；然其所詣，亦不外刑法一端。可知春秋戰國二季法律之用語，益滋蔓雜。總之，三代前法律普通之用語爲刑；三代後普通之用語爲法。迨商鞅相秦，改法爲律，漢因之，後世著爲定語。故律之稱，較爲晚出。實則刑，法，律字雖異，而其義蓋無不同焉。禮王制：刑者，侀也，一成而不可變。爾雅云：法，常也。說文云：法，刑也。尙書大傳云：奉天之大律，註：律法也。說文註：律者，所以範天下之不一而歸於一也。至若『法律』之名

詞，實肇始於管子七臣七主雜篇云：『法者，所以興功懼暴也；律者，所以定分止爭也。』此就法律二者之解釋。而法法篇云：『不為愛枉法律。』法律與政令，同其重要。故曰：『法律政令者，吏民規矩繩墨也。』（七臣七主雜篇）韓非子云：『舍法律而言先王明君之功者，上任之以國。』（飾邪篇）亦以法律並言也。

第二章　刑法之意義

刑法之意義，可分實質與形式兩方面言之。所謂實質的定義者何？即刑法者規定犯罪與刑罰之法令也。刑法之內容應以犯罪刑罰同時規定，則其性質與界限，釐然不爽，既有涇渭之別，自無混同之虞。論者以為古代觀念於犯罪刑罰未能判然，如處死刑者而曰死罪；處徒刑者而稱徒罪，不別因果本末之關係，不有楚漢鴻溝之劃分。不知舜典流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑之載，刑罰之種類，昭如日星；史記五帝本紀賊、貪、賄、墨之記，犯罪之名稱，朗若列眉。他如周禮秋官載有明文云：『凡殺其親者焚之』則殺其親者，其犯罪也，刑之因也；焚之者，其刑罰也，罪之果

也，與現行刑法第二百八十三條殺尊親屬者處死刑之規定，又何以異？此其一證，不遑多引，誰謂中國古代之刑法，於犯罪與刑罰無區別其間哉？所謂形式的定義者何？即刑法爲刑法法典之謂也。夫既成國家，法令之施，不止一種，其非關於犯罪與刑罰之規定，自不得謂之刑法；即凡其他法令中有關於犯罪與刑罰之規定，亦不得謂爲刑法。就現世而論，若商法訴訟法以及其他種法規關於犯罪及刑罰之規定，莫不屬於刑法之性質；然而不能認爲刑法，何也？其非爲刑法法典也。就古代而論，爲周禮之所規定者，如：

天官大冢宰云：

『正月之吉，始和布法於邦國都鄙，乃縣治之法於象魏，使萬民觀治象。』

地官大司徒云：

『正月之吉，始和布教於邦國都鄙，乃縣教象之法於象魏，使萬民觀教象。』

夏官大司馬云：

『正月之吉，始和布政於邦國都鄙，乃縣政象之法於象魏，使萬民觀政象。』

參稽周禮天官、地官、夏官記載，曷常不有關於犯罪與刑罰之規定，然不能謂天官之治法；地官之教法；夏官之政法，爲刑法也。若秋官大司寇：

「正月之吉，始和布刑於邦國都鄙，乃縣刑象之法於象魏，使萬民觀刑象。」

斯則爲刑法矣。古今法理，實屬一致。

實質與形式二方面之定義，均已如前述。茲就刑法二字，在我國文字學上之意義，加以詮釋焉。先釋刑，玉篇云：

「罰總名也。」

故易豐卦云：

「君子以折獄致刑。」

違於法，則入於刑，有一定不易之性質，如禮記王制云：

「刑者侀也，侀者成也，一成而不可變。」

刑與荆通，（見玉篇及韻會）荆旁從井，含有秩序之意，蓋井之語源出於井田，周制授田之法，以

地方一里，畫爲九區，每區百畝，中爲公田，其外八家各受一區爲私田，形如井字，故稱井田。說文云：「八家爲一井，象構韓形，」其右旁從刂，釋名云：「刀到也，以斬伐到其所也。」玉篇云：「所以割也，」則刀以解剖條理，亦含秩序之意。說文云：「罰皋也，國之刑罰也，从井刀，刀守井，飲之人入井陷於川，守之割其情也，」韻會「刑从刀井聲，到也，荆从刀井荆法也，」刑之爲義可知矣。次釋法，法本字爲灋，說文云：

「灋刑也，平之如水，從水，廌所以觸不直者去之，從廌去。」

廌解廌獸也，似牛一角，古者決訟令觸不直者。（說文）王充論衡是應篇云：「儒者說云：觟䚦者，一角之羊也，性知有罪。皋陶治獄，其罪疑者，令羊觸之，有罪則觸，無罪則不觸，斯蓋天生一角聖獸助獄爲驗，故皋陶敬羊，起坐事之。」獬廌與觟䚦同，廌觸不直，眞確如否，頗難致信，東坡斥之，以爲詭誕不經。（見尙史皋陶傳）王充推想，較爲適當。仲任之言曰：「夫觟䚦則復屈軼之語也，羊本二角，觟䚦一角，體損於羣，不及衆類，何以爲奇。鼈三足曰能，龜三足曰賁，案能與賁不能神於四足之龜鼈，一角之羊，何能聖於兩角之禽；狌狌知往，乾鵲知來，鸚䳇能言，天性能一不能爲二；或時觟

䚦之性，徒能觸人，未必能知罪人，皐陶欲神事助政，惡受罪者之不厭服，因觟䚦觸人則罪之，欲人畏之不犯．受罪之家，沒齒無怨言也。（論衡是應篇）然而書契造自伏羲，文字著於倉吉；在最初之社會，富神權之觀念，或有此種事實，造字者因之，而庭堅仿焉歟？姑存缺疑，待高明之考究。說文云：「法今文省古文金。」其從亼從正者，均含有模範之意。易繫辭傳云：

「見乃謂之象，荆乃謂之器，制而用之謂之法。」

爾雅釋詁云：

「法常也。」

釋名云：

「法偪也，偪而使有所限也。」

出於所限，則入於刑。易蒙初六曰：

「利用刑人用說桎梏以往吝。」

象曰：

『利用刑人以正法也。』均是表明法爲模範之意。尙書呂刑云：

『苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑曰法。』

則刑法之爲義，均可知矣。總上所舉，尤可知我國古代所謂『法』與刑罰殆同一意義。我國古代刑法特爲發達，影響所及，上下數千載，被於大地者，縱橫數萬里；蓋由我民族特性側重刑法使然，實無足爲怪也。

第二章　刑法之編制

有虞一代，其刑法制度，除虞書舜典之外，殆無得而考焉。舜典雖寥寥數語，而當時之刑法，要旨，以見茲排列其語如左，以醒眉目，并資研究。

第一　象以典刑

第二　流宥五刑

第三　鞭作官刑

第四　扑作教刑

第五　金作贖刑

第六　眚災肆赦

第七　怙終賊刑

第一句爲刑法之大綱領，第二句至第五句之四句，定刑之種類，併示其性質適用等等，第六句關於行爲之規定，犯罪行爲屬於『眚災』者全免罪責，第七句關於刑之適用之規定，稱『怙終』之場合者，加重處分，而後『欽哉欽哉，惟刑之恤哉！』云者，不屬刑法範圍，實爲附加之勅語。據此以觀，舜典之所明示吾儕者，揆諸現代之法制，概屬總則範圍。至其規定各罪之特別構成要件，與其應科之刑罰者，典籍無徵，殆無可考；沿夏商迄於成周，必有其制，而無明文，此考古者於嬴秦之火，深多遺憾也。

王充論衡謝短篇云：『古禮三百，威儀三千，刑亦正刑三百，科條三千。』則其所謂正刑，似今

之總則；科條云者，則分則之規定。五刑之屬三千，見於周書呂刑。至若論衡之謂正刑三百，尙書周禮禮記諸書，概未之見，是王氏之說，猶待研究，未足認爲眞確也。

魏李悝集諸國刑典，著法經六篇，爲我國纂成法典之祖。法經之第六篇曰具法，爲一切犯罪所應具備之條件，及其同適用之規定，卽今日之總則例也。法經之第一篇曰盜法，按盜法乃指侵害財產者而言；第二篇爲賊法，實爲殺傷之類。刑法於法經之盜法，規定於分則自第三百三十七條，至第三百五十條，凡竊盜罪，搶奪强盜及海盜罪，侵占罪詐欺及背信罪恐嚇罪贓物罪，毀棄損壞罪，皆屬之。刑法於法經之賊法，規定於分則自第二百八十二條，至第三百十二條。古昔以爲王者之政，莫急於盜賊，故李悝列於各篇之首，歷漢，魏，晉，梁，相沿不改。法經之第三篇曰囚法，實則刑法第一百七十條至第一百七十三條規定之脫逃罪相同。唐律疏義謂囚法卽斷獄律。法經之第四篇爲捕法，唐律疏議謂捕法卽捕亡律。則囚法，捕法者，又今日之訴訟法例也。至其第五篇，是爲雜法，包括輕狡越城博戲借假不廉淫侈踰制各條所彙成。則法經之雜法，與刑法分則編，又豈有關耶？夫刑法之有分則者，規定各罪之特別構成要件與其應科之刑罰也。分則之編制，各國陳說紛

歧，古今取制，各有差異。茲略舉之，以資研究。第一爲分類排列法，有二分爲重罪輕罪者；或附入違警罪，而不區別公益私益罪者，如意大利刑法是。有三分爲重罪輕罪違警罪者，而重輕罪中又別爲妨害公益與私益之分，如法國法系是。第二爲逐罪配列法，既不立輕重之界限，並不以被害之法益爲基礎，專就各種罪名編別爲章，近代比利時日本及荷蘭刑法，皆採用此法。現行刑法所取之主義亦然。法經雜法之詳細條文，雖不得知，而所云彙集輕狡越城博戲借假不廉淫侈踰制各章名稱，則古代刑律分則之編制，與現行刑法所取之主義相同，要可想見。其爲一般之準則，用以貫澈全體，提綱挈領，統其派系者，則有具法。惟刑法總則編列在分則編前，而法經則具法殿於六篇之末，是古今律例不同之點也。漢高定鼎，命丞相蕭何制律，何摭拾秦法，斟酌時制，益戶興廐三篇，合爲九章，而具法列於第六。魏律始改稱刑名，居十八篇之首，爲我國總則編首列之始。晉律分刑名，法例爲二，北齊始合而爲一，稱爲名例。歷隋唐宋元，迄於明清，率皆相沿斯例，莫有改易。新刑律以刑名，法例之外，凡一切通則，悉宜賅載，若仍用名例，其義過狹，故仿歐美及日本各國刑法之例，定名曰總則。現行刑法因之。

本書編制，亦期有合於現行刑法之總則，故分爲總論犯罪刑罰三編。（監獄法爲刑事法之一種，與刑法關係至切；故殿於第四編。）舉凡刑法之第一章法例，第二章文例，第四章刑事責任及刑之減免，第五章未遂罪，第六章共犯，第七章刑名，第八章累犯，第九章併合論罪，第十章刑之酌科，第十一章加減例，求之典籍，要可言焉。雖爬羅剔抉，探索維艱，而片鱗只爪，端倪畢見，可知我國古代之刑法，其精深博核爲何如。本書所述，其一部分耳；其他因秦火之燔焚，未傳於茲世，與囿於愚識之陋，未有舉及者，奚可勝道。而足以舉述其影響，迄於近代，與牖發於吾儕之點者，已如此。梁氏啓超著先秦政治思想史既竟，而言曰：『今之少年，喜謗前輩，或摭拾歐美學說之一鱗一爪，以爲抨擊之資，動則誣其祖曰：「昔之人無聞知；」何其傷於日月乎；多見其不自量也。』（先秦政治思想史第二十三節結論）愚年輕學淺，奚敢效作誑言。然每見今世之法律學士，所津津而道於口者，曰羅馬法也，法蘭西法也，英吉利法也，德意志法也，日本法也，視我國之漢律晉律唐律及明清律，均吐棄不屑一顧，先秦以前者，尤肆其鄙夷，爲不足道。棄夏以尊夷，主外而奴中，坐視羅馬法擅美千秋，榮誇世界；我燦爛華美之中國法系，漸爲羅馬法系所蠶食，而不稍假借，國粹淪亡，古

律銷沈，暗淡無光，不亦至可痛心之事乎？故敢表任公之言，以告我少年，願共勉焉。

第四章　刑法與刑事法

夫國家之制作刑法法典，必審愼周詳，博稽時制，須蘄合於世俗，要無背於人情，此淺顯之理，無待詞費也。虞舜之時，制定刑典者爲皐陶氏，皐陶爲中國法官之始祖，法學淵博，橫絕千古，其制作典型，至爲完備，各章所述，毋庸先贅。惜乎其條文不傳，卽條文之數目，亦不見於今日，提綱挈領，僅舜典中寥寥數語而已。帝舜禪位於禹，典籍記夏制劓墨各有千條，宮辟五百條。周官秋官司刑掌五刑之法，以麗萬民之罪，墨罪五百，劓罪五百，宮罪五百，刖罪五百，殺罪五百，所謂五刑之屬三千是也。呂刑載墨罰之屬千，劓罰之屬千，剕罰之屬五百，宮罰之屬三百，大辟之罰，其屬二百。則古代刑法條文之繁多，法典內容之完備可知也。有完備之法典，則足以收法律上之效果乎？未也。蓋雖有完備之法典，須適用此種法典之機關得其妥當而程序上並須有詳密之規定，而後相得益彰，倶臻妥協。否則，不獨不能合於立法之本旨，且終至於淩亂而無秩序，刑法上之效果

難收，社會之安甯未保。此刑法與其他刑事法相互間之關係，所應亟爲說明者也。

按刑法與其他刑事法，其與刑法之關係最密切者，爲法院編制法，刑事訴訟法，監獄法三種。監獄制度之良否，與刑罰效果之完善關係至大。故近代各國對於監獄法規認爲刑事法中最重要之一部分。愚作監獄編列第四編，於此不先贅。玆所述者，爲法院編制法，刑事訴訟法二款，分節略陳梗概焉。

第一節　法院編制法

法院編制法者，規定適用刑法之機關之法律也。其法規大略屬於司法官之組織及權限爲限，其他若司法官之資格及其保障，亦皆以法律定之。現行法院編制法，係清宣統元年十二月二十八日奏准，民國四年六月二十日司法部删修呈准重刊頒布。我國古代雖無法院編制法之名稱，而其法規要皆已具。周禮秋官鄉士云：「鄉士掌國中各掌其鄉之民數而糾戒之，聽其獄訟」鄭注謂六鄉之獄在國中。遂士云：「掌四郊，」鄭注謂其地距王城百里以外，至三百里。縣士云：「縣士掌野，各掌其縣之民。」鄭注謂其地距王城二百里以外至三百里曰野，三百里以外至四

百里曰縣，則所謂土地管轄者非歟？又秋官鄉士云：『各掌其鄉之民數而糾戒之，聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪，而要之旬而職聽於朝，司寇聽之，斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄訟。』遂士云：『各掌其遂之民數，而糾其戒令，聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪而要之二旬而職聽於朝，司寇聽之，斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄訟。』縣士云『各掌其縣之民數，糾其戒令，而聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪，而要之三旬而職聽於朝，司寇聽之，斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆在各麗其法，以議獄訟。』又鄉士云：『若欲免之，則王會其期。』遂士云：『若欲免之，則王令三公會其期。』縣士云：『若欲免之，則王命六卿會其期。』由士而司寇，由司寇而王，則非三級三審制度歟？經稱：『羣士司刑皆在，各麗其法，以議獄訟。』與『王會其期』諸制，所謂合議制度非耶？秋官之屬凡六十，第二十六爲掌戮，其職『掌司斬殺戮者凡傷人見血而不以告者，攘獄者，遏訟者，以告而誅之。』（周禮秋官掌戮）則其職務之性質，衡諸近日檢察機關之任務，又豈其間耶？又禮記王制載：『史以獄成告於正，正聽之。』但熹謂史即今之檢察官而正爲推事。（見華國月刊法學卮言）則卽如今日之檢察廳

爲起訴機關，審判廳爲裁判機關，古代均有詳密之規定矣。法院職員就近日而論，檢察官推事之外，有書記官承發吏之類，周禮秋官各官所載之下屬，其所謂『府』者，即今日書記官之類；所謂『史』者，說文謂史記事者，即今日司法機關錄事之類也；所謂『胥』者，周禮疏謂胥有才知爲什長，即今日司法機關之承發吏，或司法警長之類也；其『徒』云者，周禮注謂徵令趨走給召呼。疏謂徒給使役，即今日司法機關之司法警察或庭丁之類也。誰謂我國古代司法機關之審級及配置，不有詳密之規定哉？夫法院之於刑法，猶之工程師之運用機械：若工程師不曉機械之搆造及運用之方法，非惟不能收運用之效果，反足以損害機關原有之功能。故法院編制法之內容，與運用刑法之當否問題，關係至鉅。近代觀念所以認爲刑事法中重要法令之一，蓋有以也。拙箸中國古代訴訟法第七章法院之組織第八章司法官吏第十三章裁判關於法院編制法於古代材料，略有所舉。非本文必要，不更臚陳。

第二節　刑事訴訟法

國家爲保全安平之秩序，防遏不法之行爲，特預想其行爲之狀態，而各別規定，此刑罰法令

之所由生，無庸詳贅矣。而於豫想規定之法令，發見其事實，自必處罪科刑，以符法令之精神，而保持國家之公安；於是對於其罪之程度，與刑之範圍，不可不爲具體的決定而宣告之，爲此決定宣告之活動，卽刑事裁判也。於裁判之中，必須經過法定程序，刑事訴訟法者，卽規定此程序之法規也。雖有刑法法典，倘無訴訟法規，則人民權利之保護不能處於確實地位，有罪者或逍遙法網之外；而無罪者反罹縲絏之中，不肖之法官，又或濫用職權；肆其殘虐，以苦民衆，致國家刑法非惟不足以維持社會安寧之秩序，與夫保護人民之福利，而反爲我人民害。故近代各國通例於刑法法典外，莫不有刑事訴訟法之設也。我國現行有刑事訴訟條例於民國十一年七月一日司法部呈准頒布全國。實則古代已備具訴訟法規，任公有言：『古代所有權制度未確立，婚姻從其習慣，故所謂民事訴訟者殆甚稀，有訟皆刑事也。』（見先秦政治思想史第七節法律之起原及觀念）古代之有刑事訴訟法規，自屬當然之結果，其內容如何，非本書範圍，無庸詳細舉述。然舉其重要者；以資研究。如訴訟法原則：尚書呂刑云：『兩造具備師聽五辭。』卽兩造審理例也；呂刑云：『明淸于單辭』卽一造審理例也；呂刑云：『明啓刑書胥占』集傳謂詳明法律與衆共占度，卽今日之

公開例也；周禮地官媒氏云：『凡男女之陰訟，聽之于勝國之社。』注謂：勝國亡國也，亡國之社奄其上，而棧其下，使無所通，就之以聽陰訟之情，明不當宣露其罪，即今日之祕密審理例也，尙書舜典所載天討有罪，以有五刑，故國家者代天行罰，凡人民犯罪國家直得訴追，不必待私人之訴追，國家始有科刑之權力，此即今日所謂干涉主義者非歟？周禮秋官大司寇以五聲聽獄訟，以求民情，辭聽首焉，此卽言詞審理之明證也；呂刑云：『五辭簡孚正于五刑，』『無簡不聽，』『簡孚有衆，惟貌有稽，』卽自由心證主義也；觀周禮秋官禁殺戮之規定，與禮記王制史與正之明文，卽當時亦屬彈劾主義也。周禮秋官云：『凡命夫命婦不躬坐獄訟』，卽訴訟代理人例也；（刑事訴訟條例第十一章辯護自第一百七十二條至第一百八十六條）左傳僖公二十八年載衛侯與元咺訟，寗武子爲輔，鍼莊子爲坐，』孔穎達疏謂：寗武子爲輔莊子也卽訴訟輔佐人例也；（刑事訴訟條例第一百八十五條第一百八十六條）鄭鍔周禮注云：『于法親不爲證，』卽證人與訴訟當事人有親屬關係者得拒絕證言之例也。（刑事訴訟條例第一百零五條）周禮秋官大司寇云：『以兩造禁民訟，入束矢於朝，然後聽之，』卽訴訟費用之例也。（刑事訴訟條例於訴訟費用，規

定於第四百七十八條至第四百八十四條，）秋官大司寇云：『以兩劑禁民獄，入鈞金三日，乃致于朝，然後聽之。』即訴訟保證金例也。所謂三日者，即此三日後法院與訴訟關照人會合為訴訟行為之時期也。秋官朝士云：『凡士之治有期日，國中一旬，野三旬，都三月，邦國朞，期內之治聽，期外不聽』賈公彥疏稱云凡士之治有期日者，即上文鄉士聽訟於朝者，鄉士一旬，遂士二旬，期日即上鄉士遂士之等獄訟成來於外朝職聽遠近節之皆有期日云國中者，謂獄在國中，據鄉士；云郊二旬者，謂獄在郊，據遂士云野三旬者，謂野之縣獄三處皆是野；云都三月者，謂方士掌都家；云邦國朞者，謂訝士，雖不云期日，差之邦國，當訪士所掌，則古代上訴期間之規定可知矣。刑事訴訟條例第三百七十七條規定上訴期限為十日，自送達判後起算，但於判決諭知後送達前之上訴，亦有效力。周禮秋官大司寇『以肺石達于窮民，凡遠近惸獨老幼之欲有後于上而其長弗達者，立于肺石三日，士聽其辭，以告於上，而罪其長。』即非常上訴之制也。（刑事訴訟條例第四百五十一條至第四百五十七條）凡此種制度，要皆對於適用刑法之程序上，加以法律上種種限制，百端流弊，既已弭防，刑法效果，乃能收獲。此刑事訴訟法與刑法之關係，當無人而不知之矣。以

上所舉古代刑事訴訟，係其犖犖大者，其他規程，玆略而不論。

第五章　刑法之成立

刑法何時成立，此重要之問題，吾人所宜先爲研究也。粤稽史記稱堯年十六由唐侯昇爲天子，在位七十年，時八十有六歲，將老求代，知其子丹朱不肖，志欲讓位賢者。民間有虞舜者甚賢，羣臣薦之，帝乃以其女妻舜，以試之，又任諸種之官職以試之，試驗前後約及二十年，遂使舜攝政。舜之攝政八年，而帝崩，三年之喪畢，舜乃卽天子位。考堯帝在位中，諸書一無關於法制之記載，惟國語有云：

『堯能單均刑法，以爲民儀。』（魯語）

是蓋當時刑法不能均一，不足以爲輕重之標準，而爲人民以儀型也。質言之，蓋非如今日之刑法有一定之法制。故其時刑法思想尚未發達，可無疑義。堯時猶如此，堯以前之狀況，更可推想而知。路史後紀乃謂伏羲軒轅少昊顓頊咸有刑制，然愚無稽焉。法言云：『鴻荒之世，聖人惡之，是以法

始於伏羲而成乎堯』（長孫了道）總謂刑法之發萌，肇自苗族之蚩尤，而成立則在我族之帝舜。當堯之末年，舜攝政之初有明文規定曰：

『象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作贖刑，眚災肆赦，怙終賊刑，欽哉，欽哉，惟刑之恤哉！』

是完全為刑法，史臣所手成之『尚書』所揭載者也。蓋於中國正史之法制記事，實以此為其嚆矢。而此刑法之成雖謂帝舜攝政之初年，其果為幾年，『尚書』及其他諸書概未之載。唯竹書紀年明文載為舜之三年，果然是非舜即位後之第三年，為攝政之第三年，自可推想而知。

舜攝政之第三年，溯今日為幾何年前？攷帝舜即位，為西曆紀元前二千二百五十五年，即制作典刑當在此年，距今有四千百八十三年。夫羅馬法者，即自羅馬建國，以至優司帝崩，羅馬國所有之法度制度也。在紀元前四百五十年，羅馬之平民因受貴族之專制壓迫，於政治財產及法律上均處卑下得位，感此不平起而反抗，其結果而有世界著名之羅馬十二法表 lex duodecim tabularum（第一表提傳 Tabula I. De in jus vocamdo. 第二表審問 Tabula II. De judciis.

第三表負債 Tabula III. De aere confesso rebusque judicatis. 第四表家長權 Tabula IV. De jure patrio 第五表遺產繼承及監護 Tabula V. De haereditatibus et tutelis. 第六表所有權及占有 Tabula VI. De dominio et possessione. 第七表家屋及土地 Tabula VII. De jure aedium et agrorum. 第八表私犯法 Tabula VIII. De delicto. 第九表公法 Tabula IX. De jure publico. 第十表宗教法 Tabula X. De jure sacro. 第十一表前五表之追補 Tabula XI. Supplementum V prioriorum tabularum. 第十二表後五表之追補 Tabula XII Supplementum V posteriororum tabularum.）之產生，相傳於紀元前四百五十二年公佈。然較諸我國舜制須差一千八百零三年，印度之摩拏法典約在紀元前六百年。與舜制相差迢遠，無待計算證明。即歐洲最古之摩西法典亦不過在紀元前一千四百年許，比較舜之刑法尚遲八百餘年。中國刑法發萌之早寧非可驚。日儒田能村梅士謂中國刑法爲世界最古之刑法，誠哉其言。

刑法條文之制定，起自何時，既如前述矣。而手訂者伊何人耶？攷竹書紀年云：『三年命皋陶

作刑』（帝舜）

路史後紀云：

『虞帝求旃以爲士師，繇一振褐而不仁者遠，乃犾立獄，造科律。』

風俗通云：

『咎陶謨虞始造律。』

傅子云：

『律者，皋陶之遺訓。』

綜此諸文，參諸尙書所載，皋陶爲成文法制定之始祖，良無疑義。

中國刑法之成立，旣如前述矣。虞禪於夏，夏有禹刑。晉叔向貽子產書有云：

『夏有亂政，而作禹刑。』（左傳昭公六年）

夏桀暴虐，湯代有夏，而有湯刑。晉叔向云：

『商有亂政，而作湯刑。』（左傳昭公六年）

湯刑制自何年，籍無明文，不得而考。惟其修訂時期，竹書紀年載有明文。如：

『二十四年，重作湯刑。』

祖甲二十四年，卽西曆紀元前一千二百三十四年時也，湯刑之條文不傳，惟商書

『制官刑，儆於有位。曰，敢有恆舞于宮，酣歌于室，時謂巫風。敢有殉于貨色，恆于遊畋，時謂淫風。敢有侮聖言，逆忠直，遠耆德，比頑童，時謂亂風。惟茲三風，十愆，卿士有一于身，家必喪；邦君有一于身，國必亡。臣下不匡，其刑墨。具訓于蒙士。』（伊訓）

此卽官刑之條文也。粤稽周禮秋官大司寇以五利糾萬民，其四曰官刑，上能糾職。與湯制相同。周制有野刑，軍刑，鄉刑，官刑，國刑，諸種規定。商制既有官刑，則必有其他刑制如周禮之所規定者，自可推想而知。湯之刑法其條文必繁富，包羅自完密。故周書稱之曰：

『殷罰有倫。』（康誥）

降洎戰國，猶爲法家所欣喜樂道。如：

『殷之法，刑棄灰於市。』（韓非子）

之類是也。荀子亦稱商刑爲善。如：

「刑名從商。」（荀子正名篇）

墨子唱非樂，且舉湯刑爲證。其言云：

「先王之書湯之官刑有之曰，其恆舞于宮謂巫風，其刑墨。」（非樂篇）

制法始祖皋陶氏與禹同輔舜，亟相友善。（見書大禹謨）迨禹受舜禪皋陶仍居重要地位。如墨子曰：「禹染於皋陶伯益。」（所染篇）則禹之刑法法典或一仍虞舜之制，亦未可知。至湯之刑法，或參稽夏刑而加增訂也。呂氏春秋載：

「夏太史令終古出其圖法，執而泣之。夏桀迷惑暴亂愈甚，乃出奔如商。湯喜而告諸侯曰。夏王無道，暴虐百姓，……守法之臣，自歸於商。」（先識篇）

雖不能以此爲根據禹刑之證，但當時雖經血流漂杵之大戰，夏之刑法，未經戰毀遺傳於商，自無疑義。商紂不道，周革殷命，而有九刑。晉叔向云：

「周有亂政，而作九刑。」（左傳昭公六年）

當時刑律升授之禮，逸周書有明文規定。如：

『維四年孟夏。王初祈禱於宗廟，乃嘗麥于太祖。是月王命大正正刑書。……太史筴刑書九篇，以升授大正，乃左還自兩柱之間，……太史乃降，大正坐舉書，乃中降再拜稽首。』（嘗麥解）

刑書九篇，周公制也。左傳太史克云：

『先君周公作誓命曰：毀則爲賊，掩賊爲藏，竊賄爲盜，盜器爲姦，主藏之名，賴姦之用，爲大凶德，有常有赦，在九刑不忘。』（文公至十八年）

至周禮規定，衡諸茲制，包羅備有。如周禮秋官大司寇定刑律之輕重三等，秋官大司寇云：

『大司寇之職，掌建邦之三典，以佐王刑邦國，詰四方。一曰刑新國用輕典，二曰刑平國用中典，三曰刑亂國用重典。』

分刑罰之類爲五：

『以五刑糾萬民。一曰野刑，上功糾力。二曰軍刑，上命糾守。三曰鄉刑，上德糾孝。四曰官刑，上能糾職。五曰國刑，上愿糾暴。』

凡此所舉，係其鉅端。其他刑制，各編所述，無容滋贅。至若訴訟，均有規定。如：

『凡諸侯之獄訟，以邦典定之；凡卿大夫之獄訟，以邦法斷之；凡庶民之獄訟，以邦成弊之。』

鄭注邦典六典也；邦法，八法也，邦成，八成也，故有六典，八法，八成，之制定，均成文法也。小司寇云：

『讀書則用法。』 孔疏云：讀書則用法者，謂行刑之時，當讀刑書罪狀，則用法刑之。

諸如此類，屬於訴訟法範圍，非本文切要，不更多引。斯時成文法已臻完備，各官署有官署章程：訴訟有訴訟法規。條文繁富，可稱詳盡，如盤盛水，一無遺漏。矧刑法乎？懿歟休矣！

此後刑法之見於經傳者，齊有軌里連鄉之法。管子立政小匡二篇中，似可窺略其規模。晉有被廬之法。左傳載：

『于是乎蒐于被廬。』（僖公二十七年）

後趙鞅荀寅著范宣子所爲刑書，于鐵鼎，孔子嘆之，其言有云：

『文公是以作執秩之官，爲被廬之法，以爲盟主，今棄是度也。』（昭公二十九年）

被廬之法不可考。范宣子之刑書如何，即夷蒐之法也。故孔子曰：

「且夫宣子之刑，夷之蒐也；晉國之亂制也。」（昭公二十九年）

夷蒐之法不可考，惟其綱目，具如左傳所載：

『春，晉蒐于夷舍二軍使狐射姑將中軍，趙盾佐之。陽處父至自温。改蒐于董易中軍……宣子于是乎始爲國政，制事典，正法刑，辟刑獄，董逋逃，由質要，治舊洿，本秩禮，續常職，出滯淹，既成，以授大傅陽子與大師賈佗使行諸晉國，以爲常法。』（文公六年）

楚有茅門，及僕區之法。考茅門門也，說苑云：「楚太子立于茅門之外。」茅門之法如何？無得而稽。惟韓非子載一則云：

『荆莊王有茅門之法。曰羣臣大夫諸公子入朝，馬蹏踐霤者，廷理斬其輈，戮其御。於是太子入朝，馬蹏踐霤，廷理斬其輈，戮其御。……一曰，楚王急召太子，楚國之法，車不得至於茆門。天雨，廷中有潦，太子遂驅車至於茆門，廷理曰；車不得至茆門非法也。……廷理舉殳而擊其馬，敗其駕。』（外儲說右篇）

僕區法之意義若何？據左傳杜注云：「僕，隱也；區，匿也，爲隱匿亡人之法也。」楚文王所作。左

傳昭公七年載：

「吾先君文王作僕區之法。曰：盜所隱器，與盜同罪。」（無字語）

杜注爲隱匿亡人之法，愚以爲其義過狹，實卽兼有現行刑法第三十三章贓物罪之規定也。查新刑律原案因犯罪而其得所有權，或管有權之財物，謂之贓物。知情而爲之搬運受寄牙保故買者，中外法律皆所必罰。雖有時情節較輕。然故買人等，實爲暴掠之源，姦盜之本，故處罰不可從輕。卽徵諸各國之實驗，凡以故買贓物爲常業者，俱予嚴罰。迨後除金錢外，其竊取或強取其餘財物之罪，因之減少，是其先例也。僕區之法，盜所隱器與盜同罪，則盜與收受贓物者科同等刑罰之謂也。現行律與此迥殊，無待詞費。現行例於事前並未同謀，事後分得贓物者，不能以強盜共犯論。大理院六年非字五七號判例有明文規定。若僕區之法。似屬不然，蓋亦共犯論罪。

至如周景王九年，鄭鑄刑書，敬王七年，晉鑄刑鼎，左傳所載，具見第九章刑法之公布。至左傳定公九年載：

「鄭駟顓殺鄧析，而用其竹刑。」

杜注：「鄧析鄭大夫，欲改鄭所鑄舊制，不受君命而私造刑法，書之於竹簡，故言竹刑。」則古代有以私人而製刑法草案者矣。而集諸國刑典，爲後世輯爲成典之權輿，植編纂法典之基者，則有李悝之法經。李悝魏人，在周威烈王十九年，卽西曆紀元前四百零七年時，著法經六篇。卽盜法，賊法，囚法，捕法，雜法，具法，是也。唐律疏義，晉書刑法志唐六典通典所言略同。或云三十二篇，漢書藝文志有李子三十二篇，列法家之首。原注以爲卽李悝，顧無法經名字。故其言不可徵信。愚擬草中國法學鼻祖李悝研究，以專究考。茲則未暇，請俟異日。

商鞅受李悝法經以爲秦相，徙木樹信，變張法律。始皇因之，夷毀先王之法，益嚴慘酷之刑，赭衣塞路，囹圄成市，卒至勝廣之徒，揭竿而起，秦社以屋。是嚴刑不足以致治，慘酷反速其滅亡，於我國古代蓋有明徵矣。

第七章　刑法之制度

刑法者國家以爲保護國民之生活利益，維持法律秩序者也。犯罪則侵害國民利益，破壞法

律秩序國家即須予以法律上之制裁，此刑罰權之由來，無待言矣。關於刑法制度之主義有三種，即擅斷主義，法定主義，及折衷主義是也。分述如後

（一）擅斷主義　上古之世，草昧初啓，人事極簡，法律未備，即有爭端，大率因事制宜，不預作法，其屬擅斷主義無疑矣。降及春秋，成文法久已完備，而叔向孔子一流，關於法律制度之觀念，均係擅斷主義。叔向之言曰：『昔先王議事以制，不爲刑辟，懼民之有爭心也。』（左傳文）孔子之言曰：『夫晉國將守唐叔之所受法度，以經緯其民，卿大夫以序守之，民是以能尊其貴，貴是以能守其業，貴賤不愆，所謂度也。』（左傳文）孔疏云：『守其舊法，民不豫知，臨時制宜，輕重難測，民是以能尊其貴，畏其威刑也。官有正法，民常畏威，貴是以能守其業保祿位也。貴者執其權柄，賤者畏其威嚴，貴賤尊卑不愆，此乃所度也。言所謂法度，正如是也。』舉茲二則，可見一班。故知擅斷主義者，即任法官自由定罪與刑之制度也。罪之有無，刑之輕重，一任法官之意思自由裁定，有無限之伸縮力，若得良法官能應社會狀態及事情而爲相當之判斷，則固爲至善；否則罪刑之標準不明，人民無所適從，易陷於罪，其弊一也。故子產管商之輩，必欲法律公布，並加之教導解釋者

以此。其次縱有法律等於具文，賄賂公行，裁判失當，徒擴充法官之威權，其弊二也。故管子曰：

『益損者毋罪，則是教民邪途也。如此則巧佞之人，將以此成私爲交比周之人，將以與阿黨取與；貪利之人，將以此取貨聚財。』（重令篇）

不寧惟是因法官見解之不同，必處罰之歧異，使人民對於刑罰以爲有幸有不幸，易啓傑黠者徼倖嘗試之心，其弊三也。故愼子曰：

『君人者舍法而以身治，則誅賞予奪從心出。……君舍法以心裁輕重，則同功殊賞同罪殊罰矣，怨之所由生也。』（君人）左傳曹侯獳曰：

『同罪異罰非刑也。』（僖公二十八年）

叔向尼父係儒家言，自與法家主張不同，無足爲怪。而法家攻擊擅斷主義不止管愼二人，韓非子之言曰：

『釋法術而心治，堯不能正一國；去規矩而妄意度，奚仲不能成一輪。』（用人篇）又云：

『治強生於法，弱亂生於阿。』（外儲說右篇）

故法律之制度，必取法定主義，不許君主行動軼法律範圍之外，而矯擅斷之失。淮南子云：

『古之置有司也，所以禁民使不得自恣也其立君也，所以剬有司使無專行也；法籍禮義者，以禁君使無擅斷也。』（主術訓）

（二）法定主義　此主義又名罪刑法定主義，即以法令豫定犯罪之成立條件，與其應科刑罰之程度，悉由法規明定，法官非根據法律條文，不得適用，故絕無伸縮之力也。人事漸繁，凡百制作，因以俱進，而法律之研究者，逐漸增多，條文之編纂，漸求其詳密，大勢所趨，倡此主義者，亦徒見其盛。管商申韓之屬，對於擅斷主義極端排斥，對於法定主義極端崇倡。管子之言曰：

『使法擇人，不自舉也；使法量功，不自度也。』（明法篇）又曰：

『凡將舉事，令必先出，日事將爲其賞罰之數必先明之立事謹守令以行賞罰計事致令復賞罰之所加有不合於令之所謂者雖有功利則謂之專制罪死不赦。』（立政篇）

商君之言曰：

『先王懸權衡，立尺寸，而至今法其分明也。夫釋權衡而斷輕重，廢尺寸而斷短長，雖察商賈

不用，爲不必也。』（脩權篇）

絕對法定者以不由法律者雖功必罰，雖察不用，釋權衡而斷輕重，廢尺寸而斷短長，雖有時而中，但不可必，而況其必不中乎？故：

『有權衡者，不可欺以輕重；有尺寸者，不可差以長短；有法度者，不可巧以詐僞。』（愼子君人）

惟其如此，故須

『萬事皆歸於一；百度皆準於法。』（尹文子大道篇）

惟其如此，故：

『不爲秦楚變節，不爲胡越改容，常一而不邪，方行而不流。』（淮南子）

類此之語甚多，不勝枚舉。惟韓非言之尤暢，其言云：

『不以智累心，不以私累己，寄治亂於法術，託是非於賞罰，屬輕重於權衡，不逆天理，不傷情性。……不引繩之外，不推繩之內，不急法之外，不緩法之內。』（大體篇）又云：

「故明主使其羣臣不遊意於法之外，不爲惠於法之內，動無非法，法所以凌過遊外私也。」

（有度篇）

法定主義之利旣如此。而法律能否法定，至今猶爲問題也。

（三）折衷主義　夫條文有限，而人事無窮，彼絕對法定主義者動以衡量尺寸比法；謂以法量度人，如尺之量度布帛，衡之量度土石。然人類爲動物而布帛土石死物也，一成而不變者也。衡尺固可以盡萬物之長短與其輕重，然而人心之輕重長短，社會之複雜紜擾，法縱倍牛毛，亦必有法律之所不及者，勢有必然也。若以法所不及者，由官吏自由擅斷，或任人民自由行動，則彼絕對法定主義者，又斥爲廢法也。而法定主義者所主張之「萬事皆歸於一，百度皆準於法」實現與否，雖愚者亦知其困難也。衡較利弊，究屬折衷主義爲宜。折衷主義者，卽法律之條件與刑罰之種目，雖豫以法令定之，而用法程度，則任法官之自由裁量，旣不致如擅斷主義，法官有濫用職權諸種弊害；亦不致如法定主義，不能適宜應付萬殊之事情。倡此主義者爲何人？荀子也。荀子後世認爲儒家，但渠富有法治色彩，荀之言曰：

『有法以法行，無法者以類舉。』（大略篇）

荀子之意，以爲欲法之能行，必須用公平中和之道。法所不至之處，亦可以類舉而得標準。故曰：

『公平者，職之衡也；中和者，聽之繩也；其有法者以法行，無法者以類舉。』（王制篇）

曷爲能以類舉耶？非相篇云：

『聖人者以己度者也，故以人度人，以情度情，以類度類。』孟子亦言：

『權然後知輕重，度然後知長短，物皆然，心爲甚，王請度之。』（梁惠王下）

凡百事理皆宜有標準以爲量度，固當然也。惟事物不同，應效斯異，彼法定主義者以衡量尺寸比法，實昧於物人之性質，故量物與量人，決不能混爲一談，其理甚顯。折衷主義以類舉之法，濟條文之窮，此其所以爲善也。

第七章　刑法之目的

國家行使刑罰權之目的如何？古今學說紛紜，各執其義，所謂刑法主義之爭執也。關於此問題可大別之有三種之解釋：其一刑罰之科其目的在被刑者之個體，並無相對之目的者，是謂應報主義。其二刑罰之科特所以期達他種目的者，是謂豫防主義。其三爲折衷主義。

第一節　應報主義

應報主義者？（Vergeltungs theorien）；即基於因果應報之理法，對犯罪之惡性，必予以相當之報復之謂也。蓋以吾人既具辨別是非善惡之知識，即有擇善祛惡之自由。乃不祛惡擇善，而施犯罪行爲，若不與以相當之報復；何足警其犯罪之惡因，而維安寧之秩序。故刑罰者，實出於正義之要求，而對於犯罪人予以一定之報復者也。諸書所云：『有罪必罰』，即應報主義之精神也。我國古代關於此種主義，約有數種，述之如左：

（一）神意應報主義　最初之刑罰主義爲神意應報主義，Gottliche Vergeltungs theorie，此主義以神爲正義之淵源。（Quelle der gerechtigkeit）犯罪即違反神意，違反神意，即不能免夫天討。刑罰者，即天討之實施，對於犯罪而施以相當之應報者也。

堯舜之時，最道破刑罰出自天者，爲當時之法官皐陶之言曰：

『天敍有典，勅我五典五惇哉。天秩有禮，自我有禮有庸哉。同寅協恭和衷哉。天命有德，五服五章哉。天討有罪，五刑五用哉。政事懋哉懋哉。天聰明自我民聰明；天明畏自我民明威，達於上下，敬哉有土。』（尙書皐陶謨）

此言天討有罪之天討二字。中國歷代之學者，苟言刑罰必引用之，以爲千古不磨之格言。而此言共明五典五禮等，言刑罰亦出自天，天討有罪以有五刑。故用五刑者宜體天意。卽對於犯罪，須施以相當之應報是也。

雖然，天意如何？何由而得知之。是必然踵來之問題。故皐陶豫自爲之答，天意在於民心。民心知之，天所以爲知也。天依人民之視聽爲視聽。天依人民之向背爲向背。人民以爲可賞，天賞之；人民以爲可罰，天罰之，換言之，多數人民之所賞罰，卽天之所賞罰也。故掌賞罰者，視多數人民之意向，以爲賞罰，是在所以奉行天意耳。漢之班固最能明審此種思想，其有言曰：

『聖人既躬明哲之性，必通天地之心。制禮作敎，立法設刑，動緣民情，而則天象地。故曰；先王

立禮，則天之明。因性之性也；刑罰威獄，以類天之震曜殺戮也；慈惠和，以效天之生殖長育也。書云，天秩有禮，天討有罪。故聖人因天秩而制五禮，因天討而作五刑。』（漢書刑法志）國家者，奉行天意，代天行罰，對於罪人，不特有罰之之權限，且負有罰之之義務，蓋所以維護正義也。故皋陶曰：『天工人其代之』（尚書皋陶謨）歐儒 Stahl 與 Bekker 等，亦唱此說，爲古代宗教勢力湃漲之結果，而自今觀之，實乏學術上研究之根據。

（二）道德應報主義　此主義在歐洲爲康德(Kant)所倡，以道德上之觀念，爲應報主義之原因，換言之，即違反道德之行，刑罰根據道德對於犯罪而施以應報者也。蓋以吾人對於犯罪所生之不平，非回復之，無以彌道德上之缺憾。刑罰本此觀念實施，以爲犯罪之應報。孔子有言：『爲下無禮，則不免乎刑。』（韓詩外傳）杞朴子云：『加仁無愎，非刑不止，刑爲仁佐。』（用刑）荀子言之尤暢，其語云：『聽政之大分，以善者待之以禮，以不善至者待之以刑。』（王制篇）又云：『禮以待善，刑以待不善。』（法行篇）務使刑罪相應，所以消滅犯罪，使社會復底於衡平。德人 Herbart 亦唱此說。

（三）法律應報主義　此主義以爲犯罪爲違反法律之行爲，刑罰卽依據法律對於犯罪而施以應報者也。刑罰之標準，應以報復或反坐爲原則。荀子駁辨世俗之說，言古代早有肉刑，其言有云：

『然則是殺人者不死，傷人者不刑也。』（正論篇）

故殺人者必須處以死刑，傷人者必須處以肉刑，實應報主義之論說也。自事實上言之，如：

『大刑用甲兵，其次用斧鉞；中刑刀鋸，其次用鑽鑿；薄刑用鞭朴。大者陳諸原野，小者致之市朝。』（漢書刑法志）

均含有應報主義之痕迹。又如漢高之法制

『殺人者死，傷人者刑。』（史記高祖本紀）

蓋莫不出於反坐思想。西儒康德(Kant)氏，亦謂刑法者本諸吾人理性之配對命令，充其說，故謀殺當死，强姦當宮，與我國相同。又有漢克(Henke)氏其所主應報之說，與康德氏略同。惟所差異者，漢克謂刑罰應報，不僅適用於犯罪外形之行爲，卽對於犯罪之犯意，亦應衡量罪責，而施以相

當之應報。此則與儒家『誅心』之旨，寧復有間？

第二節　預防主義

應報主義既如前述，有以爲行使刑罰權非爲對於過去事實之應報，其目的而在將來犯罪之豫防者是爲豫防主義（Praventions Theorien），即以刑罰爲保持社會之共同生活，防止犯罪之一種手段者也。而其間又得區分爲一般的豫防，與特別的預防二種。分項述之：

（甲）一般豫防主義　一般豫防主義，以爲刑罰之目的，應注重於懲一儆百。故刑罰法規之公布，與夫刑罰執行之公開，皆所以警戒一般人民，使不致自蹈罪戾者也。帝舜告臯陶語，表彰甚詳。

『汝作士明五刑，以弼五教，期予於治。刑期無刑，民協於中，時乃功，懋哉懋哉。』（尙書大禹謨）

所謂『刑期於無刑』爲我國法律上千古之格言。孔子亦云：『四海之內無刑民。』（大戴禮主言篇）又云：『無刑而民不違。』（同上）又云『無刑而民不亂。』（家語）淮南子云：『制刑

而無刑。』（淮南子）管仲云：『以有刑至於無刑者，其法易而民全。』（管子）又明之刑部尚書周期雍，題其官衙爲『期無軒。』日本蘆東山氏關於刑法著有『無刑錄。』帝舜此語，在中國法系，實爲寶貴之神髓。

一般預防，實包括威嚇懲戒二種主義。蓋以國家處罰犯罪，不外欲使一般社會知所畏懼驚惕，而不敢再蹈刑網，庶乎社會之安寧秩序，得以維持。韓非論此旨甚暢，摘舉如左：

『且夫重罪者，非爲罪人也，明主之法揆也；治賊，非治所揆也，治所揆也者，是治死人也；刑盜，非治所刑也，治所刑也者，是治胥靡也。故曰重一姦之罪，而止境內之邪，此所以爲治也。重罰者盜賊也，而悼懼者良也。欲治者奚疑於重刑？……今不治者皆曰重刑傷民，輕刑可以止姦，何必於重哉？此不察於治者也。夫以重止者，未必以輕止也，以輕止者，必以重止矣。是以上設重刑者，而姦盡止，姦盡止，則此奚傷於民也。所謂重刑者，姦之所利者細，而止之所加焉者大也。民不以小利加大罪，故姦必止者也。所謂輕刑者，姦之所利者大，止之所加焉者小也。民慕其利而傲其罪，故姦不止也。故先聖有諺曰：「不躓於山，而躓於垤。」山者大，故人順之，垤微

小，故人易之也。今輕刑罰，民必易之，犯而不誅，是驅國而棄之也；犯而誅之，是爲民設陷也。是故輕罪者民之垤也，是以輕罪之爲民道也，非亂國也，則設民陷也，此則可謂傷民矣。』（六反篇）

其論一般豫防，可謂透徹，如盤盛水，絲毫不漏。韓非又假尼父與弟子問答之辭，以明斯旨，其記云：『殷之法，刑棄灰於街者，子貢以爲重，問之仲尼。仲尼曰：「知治之道也。夫棄灰於街必掩人，掩人必怒，怒則鬬，鬬必三族相殘也；此殘三族之道也，雖刑之可也。且夫重罰者，人之所惡也，而無棄灰，人之所易也。使人行之所易，而無離所惡，此治之道。」一曰殷之法棄灰於公道者斷其手。子貢曰：「棄灰之罪輕，斷手之罰重，古人何大毅也？」曰：「無棄灰所易也，斷手所惡也。行所易不關所惡，古人以爲易，故行之。」』（倒言七右經）棄灰於街道，今日之法制屬於違警罰法，古代概歸刑法範圍。舉之以爲一般預防之證。史記商君刻削寡恩，其刑罰目的，亦屬一般預防，蓋無庸疑。

商君之言曰：

『行罰重其輕者，（遵嚴萬里校將輕其重者句脫下）輕者不至，重者不來，此謂以刑去刑。』（商君書靳令篇）不然，若『罪重刑輕，刑至事生，此謂以刑致刑，其國必削。』（同上）故『不刑而民善，不刑而民善刑重也，刑重者民不敢犯故無刑也，而民莫敢爲非，是一國皆善也。』（畫策篇）其屬一般預防，與韓非之旨相同，良無疑義。

是諸人之所主張，以爲刑罰之執行，在使一般人民知刑法之不可侮，而莫敢犯罪，用齊於邦治，要皆相同。當時之刑罰嚴威而慘酷，蓋非嚴肅則不足以示威烈；非慘酷則不足以使人警懼；是以生命刑執行方法有十，身體刑之種類有六，當時之刑罰適用最廣者，大抵屬此二種。今日法制不採一般預防主義，對於剝奪身體利益之刑罰，認爲絕對不能採用，卽生命刑亦僅以罪大惡極之犯罪人爲限。古今刑法於刑罰之目的，觀念旣各不同，斯刑罰之種類亦互有迴異，此理甚顯，無待細述。

（乙）特別豫防主義　特別預防主義者，以爲刑罰之目的，應注重於改過遷善。質言之，刑罰之用注重於犯罪者個人對於犯罪者無論加以威嚇，或誘之向善，或奪其自由，要皆以防止犯罪者，將來再犯爲目的，與一般預防主義之目的，在使一般人鑒於刑罰之苦痛而不犯罪者不同。

帝舜有云：

『欽彼四隣庶頑讒說，不在時，侯以明之，撻以記之。書用識哉，欲並生哉，工以納言，時而颺之，格則承之，庸之，否則威之。』（尚書益稷）

茲摘蔡沈之注：讒說，卽舜所堲者，時是也，在是指忠直爲言，侯射侯也，明者欲明其果頑愚讒說否也，蓋射所以觀德，頑愚讒說之人其心不正，則形乎四體，布乎動靜。其容體必不能比於禮，其節奏必不能比於樂，其中必不能多審，如是則其爲頑愚讒說也必矣。撻扑也，卽扑作教刑者，蓋懲之使記而不忘也。識誌也，錄其過惡，以識於冊，聖人不忍以頑愚讒說而遽棄之，用此三者之教，啓其憤發其悱，使之遷善改過，欲其並生於天地之間也。工掌樂之官也。格有恥且格之格，謂改過也。承薦也，聖人於庶頑讒說之人，既有以啓發其憤悱遷善之心，而又命掌樂之官以其所納之言，時而颺

之，以觀其改過與否；如其改也，則進之用之，如其不改，然後刑以威之，以見聖人之教無所不極；其至必不得已焉而後威之。其不忍輕於棄人也如此。蔡氏解說明徹，誠無間言。故刑罰之執行，以犯人能否改善感化爲標準。如其不能遷善者，即奪剝其自由，使不能再犯。蓋犯罪之人，既經爲違法行爲，無論其既遂未遂，則其將來有犯罪之傾向甚明者，爲保持法律狀態計，乃以刑罰威之，與現今之學說法制相同。

荀子對於刑罰之目的觀念，亦屬特別預防。其言曰：

『古者帝堯之治天下也，蓋殺一人刑二人而天下治。傳曰「威厲而不試，刑措而不用，」此之謂也。凡人之動也，爲賞慶爲之，則見害傷焉止矣。……有離俗不順其上，則百姓莫不敦惡，莫不毒孽，若拔不祥，然後刑於是起矣，是大刑之所加也，辱孰大焉。將以爲利邪，則大刑加焉。身苟不狂惑戇陋，誰睹是而不改也哉？然後百姓曉然皆知修上之法，像上之志，而安樂之；於是有能化善，修身正行，積禮義，尊道德，百姓莫不貴敬，莫不親譽，然後賞於是起矣。是高爵豐祿之所加也，榮孰大焉，將以爲害邪？則高爵豐祿以持養之。生民之屬，就不願也。雕雕焉縣貴

爵重賞於其前，縣明刑大辱於後，雖欲無化，能乎哉？』（議兵篇）

大戴禮所載一譬喻論一般的與特別的，說明懲戒威嚇之要具，茲附記於此。

『刑罰者，御人之銜勒也。史者，轡也，刑者筴也。天子者御也內史太史左史者手也，古者以法爲銜勒，以刑爲筴，人以爲手，而天下以爲御。』

其他如白虎通五刑篇云：

『五刑者五常之鞭策也。』亦同此意。

第八章　國家刑罰權之根據

刑罰權者，國權之作用，國家既有國權，卽有刑罰權；有謂國家不得而有刑罰權者，謬也。惟國家因何而有此權，學說不一。茲舉其重要者如左：

第一社會契約說　此說謂人爲社會團體之份子，卽締結契約，各尊重其權利，而不相侵害，以享共同生存之幸福；違約者應受刑罰制裁，國家本此契約，故有罰違約者之權。

第二純正正義說　此說謂犯罪者不正行爲，應卽加之相當責罰，以爲報復而贖其罪也。國家之科刑罰，不過完此正義之要求耳。

第三社會必要說　此說謂刑罰權之基本，存於社會之利益及其必要；有其必要故科以刑罰，其有合於正義與否非所計也。

第四折衷說　此說自十八世紀以來頗有勢力，謂刑罰責任發生之原因，在違反正義，其加刑罰與否之制限，則依必要之如何，以折衷前兩說者也。

第五進化說　此說謂夫一切生物由物競天擇而進化，人類亦然，社會蓋亦如是。故有害其生存者依強力抑壓之以自衞，實理之當然。犯罪者害社會之共同生存，卽爲社會之公敵，國家爲保持社會公安計，以刑罰抑壓之，故刑罰者出於國家生存之必要也。

以上五說，愚不暇詳細批評。惟社會契約說，純正正義說，社會必要說，折衷說均爲現今學者所駁斥。進化說謂刑罰出於國家生存之必要，國家所以有刑罰權者在是，犯人所以有科刑責任者亦在是，比較諸說，實爲正鵠，爲現今有力之學說也。我國古代思想各有不同，考其所主張，要與

現代所謂正義說相同。茲將其根據之點，分述如左：

第一節 刑法與天道

我國關於記載，政治法制及道德之書籍，所謂『天』與『上帝』者數見不鮮，是我國人均有以政治法制與道德出於天之思想。故謂刑罰權之根據，亦有出自天之思想也。此種思想，夏殷周諸世發揮甚盛，堯舜之時，亦已有明文，有足述也。

然則天者何云乎哉？指自然學上之天體耶？指宗教上有一個人格之天帝耶？抑指哲學上之天理，卽一種天然的理法耶？是實爲重大之一問題也。此問題之解釋，須稽諸古代文籍之記載。古代於此之思想，蓋非推理的論斷，實直覺的感得；其文獻非概括的說明，實敍述之記載也。茲將我國古代天道之觀念，著於篇：書經堯典『乃命羲和，欽若昊天，……敬授民時。』『肆類於上帝，禋於六宗，望於山川，偏於羣神。』『欽哉，惟天亮天功。』皋陶謨云：『天工人其代之。天敍其典，勅我五典五惇哉。天秩有禮，自我五禮有庸哉。……天命有德，五服五章哉。天討有罪，五刑五用哉。』『天聰明，自我民聰明；天明畏，自我民明威。』『惟動丕應徯志，以昭上帝，天其申命用休。』湯誓

云：「非台小子，敢行稱亂。有夏多罪，天命殛之。……夏氏有罪，予畏上帝，不敢不正。……爾尙輔予一人致天之罰。」盤庚上篇云：『先王有命，恪謹天服。』盤庚中篇云：『予迓續乃命天。』微子云：「天毒降災荒殷邦。」西伯戡黎云：『天旣訖我殷命。……故天棄我，不有康食。不虞天性，不迪率典。今我民罔弗欲喪。曰，天曷不降威？……王曰，我生不有命在天？祖伊反曰，嗚呼！乃罪多參在上，乃能責命於天？』洪範云：『惟天陰騭下民，相協厥居。……我聞在昔，鯀堙洪水，汩陳其五行。帝乃震怒，不畀洪範九疇，彝倫攸斁。鯀則殛死，禹乃嗣興。天乃錫禹洪範九疇，彝倫攸敍。』大誥云：『天降割於我家，不少延。……其有能格天知命。……予不敢閉於天降威用。』『予惟小子，不敢替上帝命。天休於寧王，興我小邦周。……今天其相民，矧亦惟卜用。嗚呼！天明畏弼我丕丕基。』『天閟毖我成功所，予不敢不極卒寧王圖事。……天棐忱辭，其考我民。……天亦惟用勤毖我民。』『迪知上帝命。越天棐忱，爾時罔敢易法。矧今天降戾於周邦。……爾亦不知天命不易。』「天惟喪殷。……天亦惟休於前寧人。……天命知僭。』康誥云：『我西土惟時怙冒聞於上帝，帝休，天乃大命文王殪戎殷。』『天畏棐忱，民情大可見。』『亦惟助王宅天命，作新民。』『天惟與我民彝大泯亂。』

『爽惟天其罰殛我，其不怨。凡厥罪，無在大，亦無在多；矧曰其尙顯聞於天。』酒誥云：『惟天降命，肇我民。』『越殷國滅無罹，弗惟德馨香祀登聞於天……庶羣自酒，腥聞於上。故天降喪於殷，罔愛於殷。……天非虐，惟民自速辜。』梓材云：『皇天既付中國民越厥疆土於先王。』召誥云：『皇天上帝改厥元子。』『天既遐終大邦殷之命，茲殷多先哲王在天……夫知保抱攜持厥婦子，以哀籲天……天亦哀於四方民，其眷命用懋。』『有王雖小，元子哉。……王來紹上帝，自服於中土。旦曰，其作大邑，其自時配皇天』『若生子，罔不在厥初生，自餘哲命。今今其命哲命吉凶命歷年。……王其德之用，祈天永命。』濟誥云：『王如弗敢及天基命定命。……公不敢不敬天之休。』多士云：『旻天大降喪於殷。我有周佑命，將天明威，致王罰，勅殷命終於帝。肆爾多士，非我小國敢弋殷命，惟天不畀，允罔固亂。……惟帝不畀，惟我下民秉爲，惟天明畏。我聞曰，上帝引逸，有夏不適逸，則惟帝降格，嚮於時夏，弗克庸帝，大淫泆有辭。惟時天罔念聞，厥惟廢元命，降致罰。乃命爾先祖成湯革夏。……亦惟天丕建保乂有殷，殷王亦罔敢失帝，罔不配天其澤。在今後嗣王，誕罔顯於天，……罔顧於天，顯民祇，時惟上帝不保，降若茲大喪。……今惟我周王丕靈帝事。有命曰割殷，告勅

於帝……予亦念天，卽於殷大戾。……非我一人奉德不康寧，時惟天命無違。』君奭云：『天命不易。天難諶，』『我聞在昔，成湯既受命，時則有若伊尹格於皇天……在大戊，時則有若伊陟臣扈格於上帝……故殷禮陟配天，多歷年所。』『在昔上帝割，申都寧王之德，其集大命於厥躬。……乃惟時昭文王，迪見冒聞於上帝，惟時受有殷命哉。』多方云：『惟帝降革於夏，有夏誕厥逸，……不克終於帝之迪。……厥圖帝之命，不克開於民之麗，乃大降罰，崇亂有夏。……天惟時求民主，乃大降顯休命於成湯，刑殄有夏。……今至於爾辟，弗克以爾多方享天之命。……非天庸釋有夏，非天庸釋有殷。乃惟爾辟以爾多方大淫圖天之命。』『天惟五年須暇之子孫，誕作民主，罔可念聽，天惟求爾多方，大動以威，開厥顧天，惟爾多方罔堪顧之。惟我周王，……克堪用德，惟典神天，天惟式教我用休，簡畀殷命，尹爾多方。』呂刑云：『上帝監民，罔有馨香德，刑發聞惟腥。皇天哀矜庶戮之不辜，報虐以威。』『上帝不蠲，降咎於苗，苗民無辭於罰，乃絕厥世。』詩經節南山云：『昊天不傭，降此鞫凶。昊天不惠，降此大戾。不弔昊天，亂靡有定。式月斯生，俾民不寧。昊天不平，我王不寧；不懲其心，覆怨其正。』十月之交云：『下民之孽，匪降自天，噂沓背憎，職競由人。』『天命不徹，我不

敢效我友自逸。』雨無正云：『浩浩昊天不駿其德，降喪饑饉，斬伐四國。昊天疾威，弗慮弗圖，舍彼有罪，既伏其辜；若此無罪，淪胥以鋪。如何昊天，辟言不信。如彼行邁，則靡所臻。凡百君子，各敬爾身。胡不相畏，不畏於天。』小旻云：『昊天疾威，敷於下土。謀猶回遹，何日斯沮。』小宛云：『各敬爾儀，天命不又。』巧言云：『悠悠昊天，曰父母且。無罪無辜，亂如此憮。昊天已威，予慎無罪，昊天泰憮，予慎無辜。』小明云：『明明上天，照臨下土。』文王云：『文王在上，於昭於天，周雖舊邦，其命惟新。有周不顯，帝命不時。文王陟降，在帝左右。』『殷之未喪師，克配上帝，宜鑒於殷，駿命不易。』『上天之載，無聲無臭，儀刑文王，萬邦作孚。』大明云：『明明在下，赫赫在上，天難忱斯，不易維王，天位殷適，使不挾四方。』維此文王，小心翼翼，昭事上帝，聿懷多福，厥德不回，以受方國。』『天監在下，有命既集。』『有命自天，命此文王。……篤生武王，保右命爾，燮伐大商。』『殷商之旅，其會如林。……上帝臨汝，無貳爾心。』皇矣云：『皇矣上帝，臨下有赫，監視四方，求民之莫。……上帝耆之，憎其式廓。乃眷西顧，此維與宅。』『帝省其山，柞棫斯拔，松柏斯兌，帝作邦作對，自大伯王季。』『維此王季，帝度其心。……比於文王，其德靡悔，既受帝祉。』『帝謂文王，無然畔援，無然歆羨，誕先登

於岸。』『帝謂文王，予懷明德，不大聲以色。……不識不知，順帝之則。』下武云：『下武維周，世有哲王。三后在天，王配於京。』板云：『上帝板板，下民卒癉。』『天之方難，無然憲憲；天之方蹶，無然泄泄。……天之方虐，無然謔謔；……天之方懠，無爲夸毗。』『敬天之怒，無敢戲豫；敬天之渝，無敢馳驅。昊天曰明，及爾出王；昊天曰旦，及爾游衍。』蕩『蕩蕩上帝，下民之辟。疾威上帝，其命多辟。天生烝民，其命匪諶。匪不有初，鮮克有終。』『天降滔德，必興是力。』瞻卬云：『昊天上帝，則不我道。……昊天上帝，寧俾我遯。……昊天上帝，則不我虞。……瞻卬昊天，云如何里。……瞻卬昊天，曷惠其寧。』烝民云：『天生烝民，有物有則。民之秉彝，好是懿德。』召旻云：『旻天疾威，天篤降喪。……民卒流亡，我居圉卒荒。天降罪罟，蟊賊內訌。……實靖夷我邦。』維天之命云：『維天之命，於穆不已。於乎不顯，文王之德之純。』天作『天作高山，大王荒之，彼作矣，文王康之。』昊天有成命『昊天有成命，二后受之。』我將『畏天之畏，於時保之。』時邁『時邁其邦，昊天其子之。』思文『思文后稷，克配彼天。……貽我來牟，帝命率育。』臣工『明昭上帝，迄用康年。』敬之『敬之敬之，天維顯思，命不易哉。無曰高高在上，陟降厥士，日監在茲。』玄鳥云：『天命玄鳥，降而生商。宅殷土芒

芒，古帝命武陽，正域彼四方。』長發云『帝命不違，至於湯齊。湯降不遲，聖敬日躋。昭假遲遲，上帝是祇。帝命式於九圍。』殷武云：『天命降監，下民有嚴。不僭不濫，不敢怠遑。』我國古籍書詩二經所載天道觀念，如上所舉，其他如易禮以及諸子所言者，亦繁有徒，非本文切要，不更縷舉。自虞書皋陶謨所說：

『……天工人其代之，天敍有典，勑我五典五惇哉。天秩有禮，自我五禮有庸哉。……天命有德，五服五章哉。天討有罪，五刑五用哉。政事懋哉懋哉。』

則儒家之所謂禮教，法家之所謂法律，皆出自天；蓋認天純為「有意識的人格神」，直接監督一切政治者也。

天者日月星辰之所繫，風雲雨露之所本，山川也，草木也，皆受其支配，廣大無邊之宇宙萬物，既不免受天之支配，眇眇六尺之人類，亦奚能得免其支配哉？草木春夏而生成，秋冬而凋落，實天之勢力作用也；人類之生成凋落亦然。和風滋雨者，天之恩惠也；疾風迅雷者，天之威怒也；人類之撫育慶賞，天之和風滋雨也；戰爭刑罰，天之疾風迅雷也。三皇五帝之初，法官名曰秋官。降至周代，

禮記月令所載：仲春之月，命有司省囹圄，去桎梏，毋肆掠，止獄訟；孟夏之月，斷薄刑，決小罪，出輕繫；仲夏之月，挺重囚，益其食百官靜事無刑，以定晏陰之所成；孟秋之月，用始行戮，命有司修法制，繕囹圄，具桎梏，禁止奸愼罪邪務搏執，命理瞻傷察創視折，審斷決獄訟必端平，戮有罪，嚴斷刑；仲秋之月，乃命有司申嚴百刑，斬殺必當，毋或枉撓，枉撓不當，反受其殃；季秋之月，乃趣獄刑，毋留有罪；孟冬之月，察阿黨則罪無有掩蔽。是諸制度皆因乎春夏之生成，秋冬之凋落無非遵奉天之默示也。蓋撫育慶賞戰爭刑罰雖皆人類之自所進行，畢竟欲止而莫能止，受天之默示，循此自然之法則。禮隋路加氏曰：『法律雖發自人類之精神，其所以然者，蓋全宇宙之主宰者使人類之心裏有此大法則也。概乎言之矣。

刑罰權既爲天所賦予，國家不過代天執行此刑罰權耳。故曰：『天工，人其代之』也。若人民有犯罪行爲，則是違反乎天意，國家則須『奉行天討，以誅有罪，』所以維護正義也。故古代刑罰權之根據與所謂之正義說意旨實相同。

第二節　刑法與道德

人不可無團體，團體不可無秩序。蓋秩序者，所以全團體之存立，團體所以全人類之生存者也。而秩序之維持，一以正義行之。正義者，秩序之本體；秩序者，正義之作用也。推而論之，正義者，所以全團體之存立，又所以全人類之生存者也。荀卿有言曰：

「水火有氣而無生；草木有生而無知；禽獸有知而無義；人有氣，有生，有知，亦且有義，故最爲天下貴也。力不若牛，走不若馬，而牛馬爲用，何也？曰人能羣，彼不能羣也。人何以能羣？曰分，分何以能行？曰以義。故義以分則和，和則一，一則多力，多力則強，強則勝物，故宮室可得而居也，故序四時，裁萬物，兼利天下，無他故焉，得之分義也。」（荀子王制篇）

「羣」卽團體，「分」謂分界，人各守其分界，所以維持團體之秩序，而所謂分界者，謂以正義裁斷之。反覆詳論此理，愚無間言。但玆所宜注意者，人類爲維持秩序計，故非依正義守分界不可，依正義守分界之結果，社會之秩序乃得維持，荀卿所謂人類所以爲天下最貴者，實在於此。是故秩序者爲維持之形式，卽正義形式之表現也，一成形爲禮制，再成形爲法律，法與禮均所以實行正義之形式，所以維持秩序之形式也。二者於人類團體的生存缺一不可，班固論此點甚透，班固之

言，其前段與前揭荀卿之言相同，不贅舉，摘其後段之語如左：

『夫人宵天地之貌，懷五常之性，聰明精粹，有生之最靈者也。爪牙不足以供耆欲，趨走不足以避利害；無毛羽以禦寒暑，必將役物以爲養，任智而不恃力，此其所以爲貴也。故不仁愛則不能羣，不能羣則不勝物，不勝物則養不足，羣而不足，爭心將作，上聖卓然先行敬讓博愛之德者，衆心說而從之，從之成羣，是爲君矣；歸而往之，是爲王矣。範曰天子作民父母爲天下王，聖人取類以正名而謂君爲父母明仁愛德讓王道之本也，愛待敬而不敗，德須威而久立，故制禮以崇敬，作刑以明威也。（漢書刑法志）

其言團體及其首長之起因與必要，至爲明徹，更及禮與刑之必要，併示其作用，我國古今之思想，莫不如此。而此班固之所謂『刑』者，包括法律全部，非單止刑法一端，自可想知，所無待言。

雖然，於堯舜時代之刑與禮之關係，及刑禮二者與道德之關係，頗難得其要領。蓋典籍無徵，其偶存者思想疏粗，加之言語簡樸，稽考甚難，唯彷彿之間，可看取其影象而已。請申論之。

吾人欲研究中國刑法與道德關係之思想，必先研究其思想之變遷。上古與中古以降，思想

一大變遷。蓋中古以降，於一面刑法及一般法則，均甚爲發達。於他一面除若干卓識之士外，莫不賤視刑法，尊崇道德。謂以刑治國國未必能治，以禮治國，則足以致治也。故動則曰刑名法術之徒，再則曰刑名法術之徒，實含有侮蔑之意。此事雖因法術之徒，或有所短，畢竟一般人均不解刑法之性質意義，蓋莫可如何，亦非孔子儒教之罪也。孔子認刑法爲道德之一部，治理國家均爲必要，其遺書中在在可見。如依『論語』『家語』及『禮記』諸書所見，則刑法者國家之治具，與道德並立，刑法不外爲道德一部，道德恃刑法之威力而始行，此說固非自孔子之創見，孔子特祖述從來之思想，集其大成，實淵源於堯舜之時代。

舜帝設百官以契爲司徒之官司五教，以伯夷任秩宗之官司三禮，而以皐陶爲士司五刑，相依相輔，以舉治績，帝謂皐陶曰：

『皐陶！惟茲臣庶，罔或於予正，汝作士，明五刑，以弼五教，期於予治。』（尚書大禹謨）

蓋政者正也，政治者，所以正天下之不正，而刑法卽政治之一要具，以正天下之不正者也。故舜帝之言云：

「格則承之庸之，否則威之。」（益稷）是期教育天下之人民，人民果至道德之域，則登庸之；不能從教，則刑以威嚇之。道德與刑法其目的同，其範圍亦同，道德上之善惡與國法上之善惡，直相一致。

刑法與道德之關係，既如前述。故刑法與禮之關係，至爲深厚，理之當然也。於堯舜時代之觀念，禮教與刑法均出自天；既如前述，是固爲一般之思想，孔子亦祖述之，故曰：

「大樂與天地同和；大禮與天地同節。」又曰：

「樂者，天地之和也；禮者，天地之序也。」（禮記樂記）

禮與刑共由天出，均所以保持秩序之形式，亦如前述。而刑法既與道德全相一致，禮亦與道德作用相同，則刑法與禮同其作用，可無疑義。而我國古代諸哲不務溝通禮刑之界，而鎔禮法於一鑪，乃恆庢厗而不相入，而至以互相排軌，不亦可慨哉！茲將古代禮刑之爭，具述如左。此重要之問題，當亦同好者所許也。

禮起於何也？儒者謂人類恆有不足之感，既感不足，則必欲充其力量以求其足，利己心既長，

他愛心減少二者之間，不能並立，交相傾軋，爭執以起，社會因而紛亂；於此，求止亂之道，惟禮在焉。

荀子曰：

『人生而有欲，欲而不得，則不能無求，求而無度量分界，則不能不爭，爭則亂，亂則窮，先王惡其亂也，故制禮以分之，……是禮之所起也。』（禮論篇）

法家謂禮是繁文，無補實用，應接徵嫌，動滋紛擾，非惟不能止爭，反足以召亂。韓非子曰：

『衆人之爲禮也，人應則輕歡，不應則責怨，今爲禮者事通人之樸心，而資之以相責之分，能毋爭乎？有爭則亂，故曰夫禮者，忠信之薄也，而亂之首乎！』（解老篇）

儒家謂治民爲政，非禮不爲功。孔子曰：

『爲政先禮，禮者政之本歟？』（中庸）

『爲國以禮。』（同上）

『安上治民，莫如禮。』（說苑修文）荀子曰：

『禮者，人道之極也。』（禮論篇）

『禮者，政之輓也。爲政不以禮，政不行矣。……治民不以禮，動斯陷矣。』（大略篇）

法家言曰：

『周合刑名，民乃守職，去此更求，是謂大惑。』（韓非子揚權篇）

謂除法律外無辦法。儒家更以禮爲萬能之術，凡百設施，非禮不成。孔子曰：

『爲上無禮，則不免乎患，爲下無禮，則不免乎刑，上下無禮，胡不遄死！』（韓詩外傳三）

曲禮云：

『夫禮者所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非也。道德仁義，非禮不成；教訓正俗，非禮不備；分爭辯訟，非禮不決；君臣上下，父子兄弟，非禮不定；宦學事師，非禮不親；班朝治軍，涖官行法，非禮威嚴不行。』

此言禮之效用與法極相似，教訓正俗，非禮不備；分爭辯訟，非禮不決；又似法律之用，待禮而行，所謂法律者，不過禮內之一種工具而已。

他家難之曰：

『矯上之失，詰下之邪，治亂決繆，絀羡齊非，一民之軌，莫如法；屬官威民，退淫殆，止詐僞，莫如刑。』（韓非有度篇）

言法之功用，不承認禮之一物。道家之莊子對於法律觀念亦與儒家相反。莊曰：

『以刑爲體，以禮爲翼。』

儒法二家思想根本不同，禮治法治之爭，迄於今日。吾人研究此點，當先釋明禮與法律之性質及功用：

（一）法律爲國家之規則，恃政治裁制力發生功用；禮爲社會法規，恃社會裁制力發生功用。

（二）法律用以支配人類外部之行爲；禮並先及各個意思。

（三）法律有強制其遵守之力；禮就各之良心負其責任。

（四）法律爲境內所同遵，勢須擇善；禮爲地方合禮的習慣，不妨獨殊。

孔子對於二者觀念，作極平允而確當之言曰：

「凡人之知，能見已然，不能見將然。禮者禁於將然之前，而法者禁於已然之後。……禮云！禮云！貴絕惡於未萌，而起敬於微眇，使民日從善遠罪，而不自知也。」

遠罪之收效如何？孔子曰：

「遠罪則民壽。」（說苑政理）

法禁已然，禮妨未然，與其懲罪於已發，何若弭亂於無形；如能徙喜遠罪，人人均能本良心上動作，則殘酷之刑，悲慘之獄，可廢棄不用，刑措不用，風循俗美，較之俟其既犯而橫之以罪科其刑，優劣利弊，彰彰甚明。故欲止各種罪惡之發生，必先尊隆各種之禮度。

「其犯姦邪靡疾妄行之獄者，則飭制星之度；有犯不孝之獄者，則飭喪祭之禮，有犯上之獄者，則飭朝覲之禮；有鬪變之獄者，則飭鄉飲之禮；有犯淫亂之獄者，則飭婚聘之禮。」（孔子家語五刑解）

關於謀殺，遺棄，侮辱尊親屬者，是謂不孝，補救之道，在飭喪祭之禮，欲起飲水之思，而平其惡劣之念；關於械鬪，或決鬪，是謂鬪變，補救之道，在飭鄉飲之禮，欲起其同鄉毗連之義，止其決裂之行；有

害性交之自由者，是謂姦淫，在飭婚聘之禮；謀殺元首者是謂殺上，在飭朝覲之禮，由此觀之，法律思想完全建築倫理上，產生宗法社會的法律。

禮之進行方針千端萬緒，『累壽不能盡其學，當年不能究其禮，』（墨子語）區區篇幅，又渴能容，以愚觀之，大端惟二：孔子曰：

『恭而無禮則勞，愼而無禮則葸；勇而無禮則亂；直而無禮則絞。』又曰：

『禮之用，和爲貴。』（論語）

是從精神修養方面立言，謀陶成良好之習慣，此其一也。荀子曰：

『……爭則亂，亂則窮矣；先王惡其亂也，故制禮義以分之。』（王制篇）又曰：

『制禮義以分之，以養人之欲，給人之求，使欲必不窮乎物；物必不屈乎欲。』（禮論篇）

謀各人在社會上，於某種限度的得相當之享用，生活資料，不至恐慌，誤蹈法網，則就物質方面謀養成良善之心理，臻健全之人民，又其一也。

總之，儒家完全傾向犯罪之預防；故注重精神上之擴充，物質上之調劑，以禮導民，期涵養良善之

德性，於不知不覺無形之中，而成完全之人格，可謂至善矣。如頑疲之民，忘知禮義，是非教化之所及，則對待之道如何？荀子曰：

『聽政之大分，以善至者待之以禮，以不善至待之以刑。』（王制篇）又曰：

『禮以待善，刑以待不善。』（法行篇）

故法律在政治之工具，與禮同一其重大。孔子曰：

『聖人之治化也，必刑政相參焉。』（家語刑政）又曰：

『先王道缺，刑法馳。』（說苑修文）

後人論刑之重要，議及孔子，亦未嘗謂能廢刑法。

『雖周公孔子不能釋刑而用。』（鹽鐵論後刑）

但禮法之收效不同，孔子曰：

『夫民教之以德，齊之以禮，則民有格心；教之以政，齊之以刑，則民有遯心。』（大戴記禮察）

『道之以政，齊之以刑，民免而無恥；道之以德，齊之以禮，有恥且格。』（論語）

『齊之以禮，則民恥矣；刑以止刑，則民懼矣。』（孔叢子刑論）

抉發利害，針針見血。人類棲息於社會，芊芊綿綿，孜孜於求生之道，謀滿足其慾望，充其所極，必致發生害羣之舉。國家爲維持秩序社會安寧計，立無數之規條，造無數之監獄，擇賢者主持其政，以糾察人民之犯罪，科之以刑，期免於罪，『則民懼矣。』其實作惡犯科之卑劣心理，未嘗因此稍殺。故曰：『教之以政，齊之以刑，則民有遯心，』『齊之以刑，民免而無恥。』與其如此，何若教之以德，齊之以禮，專務民人之自覺，養成良善之循風。人人均趨行於合理的習慣，其有越此範圍，忘干法紀者，受社會裁制力之作用，必能悔過刷新，歸於爲善之途。故曰『民有格心，』『有恥且格。』淮南子有言。

『無法不可以爲治也；不知禮義不可以行法。法能殺不孝者，而不能使人爲孔曾之行；法能刑竊盜者，而不能使人爲伯夷之廉。』（泰族訓）

可爲此節之解釋。惟其如此，故必先禮而後刑。孔子曰：『古之刑者省之，今之刑者繁之，其教古者有禮然後有刑，是以刑省也；今也反是無禮而齊之以刑，是以繁也。……謂有禮然後有刑也。』

（尙書大傳）

春秋諸雄角逐險巇百生，世俗澆漓，不能如周武時之循樸也。當時甚注重法律，又疑法律未能濟世，法律猶未能，而況於禮乎？故文子問曰：

『今齊之以刑，刑猶弗勝，何禮之齊？』孔子解釋曰：

『以禮齊民，譬之於御則轡也；以刑齊民，譬之於御則鞭也。執轡於此，而動於彼，御之良也；無轡而用策，則馬失道矣。』（孔叢子刑論）

設譬以喻，明晰核博，勿以間之。儒家以禮爲治之根本辦法，以法律爲治標方針；人性難齊，納軌非易，禮治有時而窮，法律救濟其不足。必也，先禮而後刑，不可先刑而後禮。淮南子曰：

『法之具也，而非所以爲治也；而猶弓矢中之具，而非所以中也。……且法之生也，以補仁義；今重法而棄義，是貴其冠而忘其頭足也。』（泰族訓）

與儒家思想相同。杞朴子論二者功用，尤中肯綮。

『莫不貴仁，而無能純仁以致治也；莫不賤刑，而無能廢刑以整民也。……故仁者養物之器；

刑者懲非之具。我欲利之而彼欲害之，加仁無悛，非刑不止，刑爲仁佐，於是可知也。』（用刑）

更可以代表法律思想之歷代刑法志，對於法律功用，亦莫不相同。擧證如左：

漢書刑法志云：

『愛待敬而不敗，德須威而久立；故制禮以崇敬，作刑以明威也。』

晉書刑法志云：

『傳曰齊之以禮，有恥且格。刑之不可犯，不若亂之不可踰。』

隋書刑志云：

『記曰教之以德，……而始乎勸善，終於禁暴，以此字人，必兼刑罰。』

唐書刑志云：

『其爲法殊，而用心則一，蓋皆欲民之無犯也。然未夫導之以德，齊之以禮，而可使民遷善遠罪而不自知。』

宋書刑志云：

『刑以弼教使之畏威遠罪，導之以善爾……惟禮以防之，有弗及，則刑以輔之而已。』

元史刑志云：

『道之以德義，而民弗從，則必律之以法；法復違焉，則刑辟之施，誠有不得已也。』

金史刑志云：

『刑以治已然，禮以禁未然。』

以上僅舉其犖犖大者，其載於諸子各書者，太涉冗長，茲不更證引。

質言之，禮及法律均關乎人類社會生活之規則，互有密切之關係，不得背馳。法之所不足者，以禮補之；禮之所不足者，又以法律補之。蘇東坡亦有『禮失則刑，禮刑一物』之語。旨哉斯言！

我國古代文明實非幼稚，以道德爲抽象的理論，不能保人民實行；故謀保其實行，必有道德之具體的形式，禮之所由起，要其形式也。刑法者，又其最極端之形式也。關於禮之聖典，最尊重者爲『三禮』，卽『禮記』『周禮』及『儀禮』諸書。諸書中關於刑法之記載，蛛絲馬跡，不難採稽。周禮一書，尤稱豐富。

以上所述，愧不能詳。然當時之思想，要具於此。若依近世之刑罰權之根據諸主義之分類則當時罪惡必罰，失禮則刑；所謂純正正義主義者，不待繁言。

第九章　刑法之公布

刑法之制定，爲國家內部之事，一般人民及國家之機關，自不得而知；不知而犯法，隨之以刑，不教而誅，古今所同爲訾議。故刑法有公布之必要焉。刑法法典旣經公布，則凡人民與一般國家機關因之須負遵守法規之義務，不得委爲刑罰法令未之寓目而免其罪責也。故刑法一經公布，卽生羈束之效力，其理甚顯，無待煩言。我國刑法之有公布，起源殆甚古，舜典『象以典刑』一語，諸說紛紜，莫衷一是。其一說則謂係爲刑法之公布，是我國公佈刑法之制起於舜時，亦未可知。至於夏代，夏書有云：

『每歲孟春，遒人以木鐸徇於路。』（胤征）

集傳謂遒人宣令之官。衡諸周禮秋官小司寇所載：

『正歲，帥其屬過觀刑象，令以木鐸曰：不用法者，國有常刑。』實無稍異。殷代亦有其制度，雖典籍無證，蓋亦無用疑義也。降洎於周，法制大備，記載詳明，關於刑罰法令之公布，述之如左：

揭示刑罰法規於重要地方，或於人民輻輳之處，或於官衙之前者，無以名之，名之曰揭示法。周有此制，如周禮秋官大司寇云：

『正月之吉，始和布刑於邦國都鄙，乃縣刑象之法於象巍，使萬民觀刑象，挾日而斂之。』

象巍者何？鄭衆云：『象巍，闕也者，周公謂之象巍，雉門之外，兩觀闕高巍巍然，孔子謂之觀，』名義考云：『古者宮庭爲二台於門外，作樓觀於上，上圓下方，兩觀雙植，中不爲門，門在兩旁，中央闕然爲道，以其懸法，謂之象巍，巍然高大，謂之巍。』據此，象巍之爲物，當可知矣。此種揭示法至春秋時猶存，見左傳哀公三年，不多舉。

秋官小司寇亦云：

『正歲，帥其屬而觀刑象，宣布於四方憲刑禁，乃命其屬入會，乃致事。』

秋官士師亦載

『書而縣於門閭，憲用諸都鄙；正歲帥其屬，而憲禁令於國及郊野。』

有專司頒布刑罰法令之官。秋官序官云：

『布憲中士二人下士四人府二人史二人胥四人徒四十人』

布憲云：

『布憲掌憲邦之刑禁。正月之吉，執旌節以宣布於四方而憲邦之刑禁以詰四方邦國，及其都鄙達於四海。』

布憲執旌節適四方，而宣布刑罰法令，所至之處，又從而表縣之，使無有不明刑法者，可謂至矣。春秋時猶有象巍縣法之制，前已言之。各國尚有其他方法。如鄭子產鑄刑書，（左傳昭公六年）晉趙鞅鑄刑鼎，（左傳昭公二十九年）均是其例。儒家者流，因其主觀見解不同，而斥刑法法典之公布為非治安善策，如子產之鑄刑書，而叔向規之，其書云：

『始吾有虞於子，今則已矣！昔先王議事以制，不為刑辟，懼民之有爭心也；猶不可禁禦，是故

閑之以義；糾之以政；行之以禮；守之以信；奉之以仁；制為祿位，以勸其從；嚴斷刑罰，以威其淫。懼其未也，故誨之以忠；聳之以行；教之以務；使之以和；臨之以敬；涖之以彊；斷之以剛。猶求聖哲之上，明察之官，忠信之長，慈惠之師，民於是乎可任使也，而不生禍亂。民知有辟，則不忌於上，並有爭心，以徵於書，而徼幸以成之，弗可為矣。夏有亂政，而作禹刑；商有亂政，而作湯刑；周有亂政，而作九刑，三辟之興，皆叔世也。今吾子相鄭國，作封洫，立謗政，制參辟，鑄刑書，將以靖民，不亦難乎？詩曰：儀式刑文王之德，日靖四方，又曰：儀刑文王，萬邦作孚。如是何辟之有？民知爭端矣！將棄禮而徵於書，錐刀之末，將盡爭之，亂獄滋豐，賄賂並行，終子之世，鄭其敗乎！肸聞之，國將亡，必多制，其此之謂乎！』（昭公六年）

趙鞅因范宣子所制刑書雖經採用，未嘗公布於民，賦民一鼓鐵，以鑄刑鼎，而尼父歎焉。其言云：

『晉其亡乎！失其度矣！夫晉國將守唐叔之所受法度，以經緯其民，卿大夫以序守之；民是以能尊其貴，貴是以能守其業，貴賤不愆，所謂度也。文公是以作執秩之官，為被廬之法，以為盟主，今棄是度也，而為刑鼎，民在鼎矣，何以尊貴？貴何業之守？貴賤無序，何以為國？且夫宣子之

刑，夷之蒐也，晉國之亂制也，若之何以為法？」

蔡史墨亦云：

『范氏中行氏其亡乎！中行寅為下卿，而干上令，擅作刑器，以為國法，是法姦也。又加范氏焉，易之亡也。其及趙氏，趙孟與焉，然不得已，若德可以免。』（昭公二十九年）

均其例也。雖然，法律之公開，在歐洲率皆幾經人民流血而得之。叔向尼父之言，毫不足採，無待煩言。我國古代法家均斤斤期刑律之公布，使民普知，無有不曉然於刑律之條文意義，實我國古代法學之精髓，至堪贊賞。管子立政篇明法解篇韓非子難三篇八說篇均言法律之公布，而不准稍有壅弊。商君更主張官吏與人民對於法律條文有懷疑而未明瞭者，有詢問於法令之吏之權；主法令之吏有解釋答覆之義務。設主法令之吏，有怠於義務，不為解釋答覆之行者，即於吏民之所欲問刑法之罪，罪主法令之吏。其主張之誠懇堅決，其方法之嚴密周至，實堪贊嘆。茲錄其言如左：

『公（秦孝公）問公孫鞅（商君）曰：「法令以當時立之者，明旦欲使天下之吏民皆明知而用之，如一而無私，奈何？」公孫鞅曰：「為法令置官吏，樸足以知法令之謂者，以為天下正。……諸官吏

及民有問法令之所謂也於主法令之吏皆各以其故所欲問之法令明告之。各為尺六寸之符，明書年，月，日時，所問法令之名，以告吏民。主法令之吏不告及之罪而法令之所謂也。案此句當有訛脫皆以吏民之所問法令之罪，各罪主法令之吏。……故天下之吏民無不知法者。吏明知民知法令也，故吏不敢以非遇民。此所生於法明白易而必行。』（商君書定分篇）

第十章　刑法之施行

刑法之制定，因公布而人民受其拘束。夫公布之目的，原以使人民周知刑法，然既公布矣，亦未能一時使闔國皆知也；欲使人民遵由未知之法律，勢必不能，故法律公布後，必經過一定之期間，至經過此期間之後，可認為人民皆得周知，始有其法律之施行力。學者名此期間，為施行期限。

古代關於法律施行之期限問題，有二種主義，茲先述此種主義之性質：

（一）同時施行主義　此主義之方法有二種：一由公布之日全國實施者，二公布以後經過一定期間，而全國同時實施者。

（二）異時施行主義　法律非同時實施於全國一般者也。因距立法者所居之遠近如何，而法律到達之期間亦因而異，必先定到達期限，依距離公布場所之遠近，而各地依其施行期限者也。

明乎此，而後乃可引證其於法律施行之觀念。周禮於公布之方法，有揭示，迴達，朗讀諸種。然於施行期限之問題，不見明載，未敢憶說。諸子於施行問題，句語雖不甚豐隆，而其觀念要具於是。管子云：

『凡將舉事，令必先出。』（立政篇）此可見法律公布之重要也。又云：

『憲既布，有不行憲者謂之不從令，罪死不赦。』（同上）則公布日施行也。

昔歷山之農者侵畔，舜往耕焉，某年，甽畝正。河濱之漁者爭坻，舜往漁焉，朞年，而讓長。東夷之陶器苦窳，舜往陶焉，朞年，而器牢。仲尼以是稱焉。（韓非語）此種躬親教化之人治政策，被法家之韓非子所吐棄摒擊，自屬當然。其攻擊之語云：

『賞罰使天下必行之，令曰中程者賞，勿中程者誅。令朝至暮變，暮至朝變，十日而海內畢矣。

奚待朞年？』（難一篇）

則異時施行之主義也。如法令朝到卽暮施行，如暮到，翌朝施行，施行與達到，不過差隔幾小時而已。雖距立法者所居之遠近，各有不同，但以達到後於短時間內卽須施行爲標準，十日爲期，可以普及國內，故曰十日而海內畢也。

商君云：

『公問於公孫鞅曰：法令以當時立之者，明旦欲使天下之吏民皆明知而用之，如一而無私奈何？』（定分篇）

此則公布之翌晨，全國同時實施也。法律既經公布，則欲全國當無一人而不知法律，法律必自其施行之日，決然行之，不容斟酌移動，故管子云：

『憲既布，有不行憲者，謂之不從令，罪死不赦；考憲而有不合於太府之籍者，侈曰專制，不足曰虧令，罪死不赦。』（立政篇）

又云：

『虧令者，益令者死，不行令者死，留令者死，不從令者死，五者死而無赦，惟令是視。……令出而留者無罪，則是教民不敬也；令出而不行者毋美，行之者有罪，是皆教民不聽也。……益損者毋罪，則是教民邪途也。……故令一出，示民邪途五衢，而求上之毋危，下之毋亂，不可得也。』（重令篇）

『倨傲易令錯儀畫制作議者盡誅。』（法法篇）

又云：

『法制不議。』（法禁篇）

商君云：

『有敢剟定法令損益一字以上，罪死不赦。』（定分篇）

故法律由公布而施行，法律之效力既已發生，人民卽舉不知法律之確證，不得免其遵守之義務也。

第十一章　刑法之効力

刑法之效力，何言乎？蓋卽對於刑法所規定之事實發生後，得予以刑法上所預定之結果之謂也。不獨刑法而有其效力；卽如憲法，民法，商法，以及其他法規，蓋莫不各有其效力也。茲所述者，爲刑法之效力，分關於時之效力，關於人之效力，關於地之效力三節，臚舉於左：

第一節　關於時之效力

關於時之效力者，刑法而有羈束力之時也。卽刑法之效力，於何時而發生，於何時而消滅之一問題也。無論何種法令，其效力發生之時，當以頒行後爲斷；效力之消滅，應以廢止爲準。不獨刑法爲然。刑法一經公布，人民則有遵守之義務，公布時必定明何日施行，設未屆實施之期，而有違法之事實，不能適用此刑法而處以刑罰，務須於實施期之事件，刑法對之，乃能發生效力。刑法第一條規定云：『行爲時之法律，無明文科以刑罰者，其行爲不爲罪』卽採用刑法不遡旣往之原則也。我國古代蓋亦猶是，如管子云：

『令未布而民或爲之，而賞從之，則是上妄予也。上妄予，則功臣怨，而愚民操事於妄作；愚民操事於妄作，則大亂之本也。令未布而罰及之，則是上妄誅也。上妄誅，則民輕生，民輕生；則暴人與，曹黨起，而亂賊作矣。』（法法篇）

故刑法之制定，由頒行而生效力。未頒行以前，無效力可言。刑法爲吾人行爲合法與否之標準，苟對於頒行前之行爲，得據以後之法令，任意處罰，則人民無所適從，日處危險地位，必至不信賴，而刑法之威信，坐是失墜，勢之所及，必如管子所云：『而亂賊作矣，』『大亂之本也，』不利於國家社會者，爲奚若耶？故無論古今均採不溯及既往之原則。近世之學者，謂此項原則發源之始，乃由一千七百八十九年法蘭西憲法會議之人權宣言。不知我國紀元前四百八十年以前，於春秋時代已有發明。而謂不溯及既往之原則，爲法蘭西之產物者，誰其信之！

於改正刑法新舊交替之際，刑法之適用，尤不可不釐定其界限。求欲饜悅人心合乎正理，舍取不溯既往之原則外，其道無由。不然，今日之刑法如此，不知明日之刑法如何；今日之善者，明日爲惡，今日之正當者，明日爲悖謬，新舊幷施，不爲確定，則人民必如墜五里霧中，無所遵由。故韓非

子極非謬此種利事政策。其言曰：

『申不害，韓昭侯之佐也。韓者，晉之別國也。晉之故法未息，而韓之新法又生；先君之令未收，而後君之令又下。申不害不擅其法，不一其令，則姦多，故利在故法前令，則道之；利在新法後令則道之；利在故新相反，前後相悖，則申不害雖十使昭侯用術，而姦臣猶有所譎其辭矣。故託萬乘之勁韓，七十年而不至於霸王者，雖用術於上，法不勤飾於官之患也。』（定法篇）

舊法未廢，新法又生，先君之令未收，後君之令又下，申子於此新舊交替之際，不爲嚴定界限分別清釐，肆其權術，一無確定，其作用全在祕密，實與公開而劃一之法之性質迥然不侔，宜爲韓非所唾棄。法蘭西憲法學者明傑民孔斯母（Benjamin Constant）有言曰：法律之反致效者，法律上最大之暴虐也；蓋反致效由法律而剝奪法律之性質，故溯及既往之法律，實非法律也。此其旨與韓非子所謂，豈復有間？

惟若犯罪事實發生在前，未經確定裁判，而新刑法頒布，則此犯罪事實將依新法處斷之乎？抑仍依舊法處斷乎？觀諸管韓以上之所言，而推測其意旨，則採從新主義；對於頒行以前之犯罪

尚未確定裁判，而頒行新法者，亦依新法處斷。似可無疑。現行刑法亦以從新主義爲原則，（第二條前段）與古代法理相同。惟此種問題，立法例及學說之所主張各有差異，分別言之，有從舊主義，從新主義，從輕主義三種。茲以此問題重要，略述三主義之得失，備資參覽。

（甲）從舊主義　論者以爲法律之效力，由犯罪事實而發生。故法律乃對於犯罪事實而設，犯罪行爲在新刑法頒行以前，自不能因法律之變更，而事實亦因之以歧易。故審罪科刑，應依犯罪事實發生時之法律處斷，不得改用新法。此從舊主義之理由也。

（乙）從輕主義　同一事犯而新法比舊法輕重不同，比較二法從輕處斷者，是謂從輕主義。其主張之理由有三，然皆不無可議。舉述如下：（一）權利說，謂犯罪行爲如在舊法時代，設舊法之刑罰輕，則從舊法，犯罪人有應受舊法輕刑之權利。如裁判確定在新刑法頒行以後，新刑法之刑罰輕，則依新法，有受新法輕刑之權利。（二）平允說，刑罰以公平爲貴，故科刑以從輕爲善。新法與舊法處分之輕重，各有不同。如而以舊法時代之犯罪，科以新法之重刑；與舊法時代舊法輕刑之同種犯人相較，則同罪異罰，不平孰甚焉。（三）尊寬勿嚴說，同是圓頂方踵之人類，未能

遵普遍之常理，越迭國家之法規，以入於罪。國家對犯罪人應以哀矜觀念爲本旨，勿存嚴酷苛烈之主張。不然，嚴刑不足以佐治，古有常經；法吏應存哀矜懲創之心，書有垂訓。故刑罰與其失之於嚴，毋寧失之於寬，新法輕則從新法，舊法輕則從舊法，所以示寬大也。

（丙）從新主義　究其理由，區分之，亦有三說：（一）目的說，夫國家社會之狀況時代遷移，變化至鉅。刑法係爲維持國家社會安寧秩序而設，則新刑法頒行以後，不採用從新主義，則何足貫澈刑罰之目的，而維國家社會之安寧。故不能計新舊刑法處罰之輕重如何，概照新法處斷。（二）法令完備說，謂國家制定法律，須斟酌社會之情狀，與夫國民之程度，因時制宜，必較完備。故新法刑罰之重輕，實對於舊法有所損益，其減輕者，固有鑒於舊法之重；其加重者，亦所以救舊法之輕，補苴罅劣，以期至善，垂爲一代之典章，而後頒行，舊法自無適用之餘地。否則，奚異背道而馳，其愚孰甚。（三）法令效果說，謂新法施行以後，以舊法失效爲原則。不然，舍現行有效之法令，而適用已消滅效果之舊法，揆諸情理，豈通乎哉？此皆從新主義之理由也。

綜觀上說，而略評騭其得失：從舊主義之當否，依從新主義之理由，已無採取之價值。至於從輕主

義所持之各種理由，亦有不無可議者。蓋謂人民對於國家有受輕刑之權利，其說實屬不倫；即使有此權利，亦應依舊法處罰，不能視新舊之輕重以爲區別，則權利說可破也。至於寬大說以爲國家處罰犯罪，應以寬大爲本旨。不知論罪科刑，貴乎平均，或失之於嚴，或失之於寬，均不免於維持安寧之目的有所背馳。況刑罰非沽恩之具，此寬大說可破也。三說之中要以平允說爲當。揆之平允之旨是從輕主義不無可取，無庸疑義。世界各國立法例取制不一，有不論新舊法之輕重概從舊法者，如英及美國數州是；有從舊法但新法輕者從輕者，如德、法、比、意、丹、荷、那、西、匈、葡、日，暹、埃諸國；有從新法但舊法較輕者從輕，如奧及瑞士數州是；有不論新舊法之輕重概從新法者，如我國暫行律及瑞士數州是。新刑法以暫行律於新舊法律有輕重時，概從新法，有時犯人以事後之重刑，殊失平見，故第二條之規定，以從新爲原則，而於舊法之刑較輕者從輕。古代之制，依韓非之觀念則採新主義，證引如前舉，不多贅。

第二節　關於人之效力

一國刑法，以普有效力於其國內爲原則，故於刑法上責任問題，不得以身分而有所區別。即

住於吾國之外國人，自應服從吾國法權之下，不能有所歧異。此刑法對於人之效力，實無限制之必要也。雖然，近世各國立法通例，有爲刑法效力之所不能及者，蓋有二端：其一，由於國內法之關係；其二，由於國際慣例。其屬於國內法者，係根據憲法之規定，對於國會議員之特定行爲，雖觸犯刑章，不負刑法上責任。約法第二十五條參議院參議員於院內之言論及表決對於院外不負責任之規定。故如新刑法第三百二十四條之侮辱罪，或第一百四十六條之妨害公務罪，如在議院發言，不能認爲成立各該條之犯罪，而科以刑罰也。至如國家之元首，因其團體之不同，於刑法上所負之責任亦異。如君主國家之元首，在刑法上爲絕對無責任；民主國之元首，其於訴訟程序或稍有差異，在法律上之責任蓋與國民相同。我國堯舜禪讓之世，帝主聖賢，橫絕千世，無論矣。夏禹傳子，開帝位世襲之基，爲君主建國之始。然太甲放浪，伊尹流之於桐，是其時君主亦須負法律上之責任可知。夏桀殘虐，即斥爲獨夫『予日曷喪，與汝偕亡。』（孟子文）殺之自不成犯罪，當時學者與人民之思想，亦概以君主須負刑法上之責任，毫無可疑。管子有言。

『君臣上下貴賤皆從法。』（任法篇）又曰：

『上下貴賤，相畏以法。』（八經篇）

是其主張君主人民同受法治，不能有所軒輊。惟當時君主如犯法，於訴訟程序與人民略有差別而已。如左傳載：

『衛侯與元咺訟，寗武子爲輔，鍼莊子爲坐，士榮爲大士。』（僖公二十八年）

杜注云：『爭殺叔武事，大士治獄官也，元咺又不宜與君對坐，故使鍼莊子代衛侯爲坐獄之主。』古代訴訟以本人訴訟爲原則，代理制度係爲貴族而設，恐褻尊也。衞侯爲衛國之君，故不依通常訴訟之程序，而用特別之手續；不使君主到達法庭，而以官吏爲代理。我國古代君主國時代，君主猶須負刑事上之責任，以視今日各國之法制，有足觀也。

次就屬於國際慣例者言之，以近代言之，可有：（甲）外國君主大總統，（乙）既經承認之外交國際官，軍使及此等人之家族，與非內國人之從者，（丙）領事，（丁）既經承認來至國內之外國軍隊及軍艦數項。古代如何？茲就外交官一項以言，餘不多陳。

我國古代亦有外交官之治外法權，與今日相同。治外法權者何？國家對於外國代表國權者，

得免除地方管轄之權也。治外法權之發生，由於國際慣行，各國互爲禮讓便宜及必要故也。所謂外國代表國權者，外國外交官及外國元首是也。元首之治外法權，姑不具論。茲所述者，爲外交官之治外法權。外交官爲獨主權國家之代表，於必要上及便宜上不得不當有治外法權。故外交官雖有犯罪行爲，駐劄國不能逮捕監禁之。左傳杜注云：

『諸侯無執王使之義。』（文公十四年）

孔疏云：

『王者之使，不問有罪無罪，諸侯皆不得執之。』

據以上所述，則古代之法理實與現代相同。殊可贊歎。雖然，觀乎禮記之所記載，周禮之所規定，當時法律至不平等。如禮記云：

『禮不下庶人，刑不上大夫。』（曲禮）

則曾任顯宦者，不受刑律之制裁也。周禮云：

『以八辟麗邦法附刑罰：一曰議親之辟。二曰議故之辟。三曰議賢之辟。四曰議能之辟。五曰

議功之辟。六曰議貴之辟。七曰議勤之辟。八曰議賓之辟。』（秋官小司寇）

則凡君主之宗室，親戚，故舊，以及賢者，有能者，有功者，膺墨授者，勤勉者，與夫外賓之觸犯刑章，均不在刑律另議。（賈疏）刑律之所制裁者，僅爲一般之庶人而已。故於訴訟程序，貴族獨有代理制度。如：

『凡命夫命婦不躬坐獄訟。』（周禮秋官小司寇）

若一般庶人，均須直接審理也。於刑罰，則：

『公族無宮刑，不翦其類也。』（禮記文王世子）

設非公族，則執行宮刑，以翦其類，無傷也。至若生命刑執行之方法。則：

『公族其有死罪，則磬於甸人。』（禮記文王世子）

一般平民則不用磬，而用其他客觀的殘酷之方法也。生命刑執行之場所。則：

『凡有爵者與之同族，奉而適甸師氏，以待刑殺。』（周禮秋官掌囚）

『唯王之同族與有爵者，殺之於甸師氏。』（秋官掌戮）

一般平民，則：『刑人於市，與衆棄之。』（禮記王制）

之公開執行也。（參看第三編刑罰）周禮八議之制，以身分而區別刑律上之責任，實開不平等法律之先河。歷代相沿，妄有遺替。降洎於清，猶有八議之陋制，非周禮之規定，其誰階之厲耶？

第三節　關於地之效力

刑法效力之及於土地範圍如何，實吾人所亟應研究之問題。

關於刑法及土地之效力問題，沿革上所採主義，得區別爲屬人主義，屬地主義，折衷主義三種。茲先述明三種主義之性質。

第一屬人主義　屬人主義者，其刑法之效力，支配自國人民之犯罪。如犯罪人爲本國人民，不問犯罪地在國內或國外，一律適用本國刑法。如犯罪人爲外國人，雖犯罪在國內，亦不得適用本國之刑法。

第二屬地主義　屬地主義者，其刑法之效力，專以國家境域爲範圍。卽凡在境域內之人民

犯罪者，不論其國籍如何，一律適用本國刑法。至若本國人在國外犯罪，亦概置諸不論。

第三折衷主義　折衷主義者，以屬地主義爲基礎，而對於國外犯罪除必要範圍內，採用屬人主義外，兼採保護主義。保護主義者，在外國犯罪之被害法益屬於本國或本國人民時，處罰之，其餘則放任也。

上舉三主義中，惟折衷主義能完刑法之任務。屬地主義失於狹，不足維持本國之法律秩序。屬人主義不得處罰內地之外國人，反於領土主權之觀念。均無採用之價值。羅馬法不適用於外國人民，即採用屬人主義也。歐洲封建時代，則多採用屬地主義。斯二種主義，各有缺點，已如上舉。故現代大多數國家均採用折衷主義。我國新刑法因之。古代如何乎？考之於左：

我國古代可謂爲屬地主義。蓋本國人民離開本境以後，即與本國主權絕對無關。國外犯罪，雖其利害影響及於國內之安寧秩序，而本國對於此重大犯罪，亦處罰無由。凡此二種情形，略閱春秋戰國策國語諸書，則可瞭然，不一舉證。雖然，古代採用屬地主義外，兼採屬人主義，實折衷於二主義之間，與現法之所規定者，正相同也。欲舉其證，請述罪犯之引度。

依國際法之原則，凡結有交付犯人條約之國家，皆負交付之義務。現代如此，古代亦然。如春秋時於亳之盟。左傳載：

『四月，諸侯伐鄭……鄭人懼，乃行成，秋，七月，同盟於亳。……載書曰：凡有同盟毋蘊年，毋壅利，毋保姦，毋留慝，救災患，恤禍國，同好惡，獎王室，』（襄公十一年）

其第三條毋保姦，及第四條毋留慝，與咸豐八年所訂中俄續約第八款之規定：『俄羅斯國人私往中國人家或逃往中國內地，中國官員照依領事官行文查找送回。中國人在俄羅斯國內地，或私往，或逃往，該地方官亦當照此辦理。』道光二十二年中英續約第二十一款：『中國民人因犯法逃在香港，或潛往英國船中者，中國官照會英國官訪查嚴拏，查明實係罪犯，交出通商各口。倘有中國犯罪民人潛匿英國船中房屋，一經中國官員照會領事官，卽行交出，不得隱匿袒庇。』光緒二十年中英續議滇緬條約第十五款：『英國之民，有犯罪逃至中國地界者；或中國之民有犯罪逃至英國地界者，一經行文請交逃犯，兩國卽應設法搜拿，查有可信其爲罪犯之據，交與索犯之官。』光緒十二年中法會議越南邊界通商章程第十七款：『中國邊界某某通商處所，倘有中

國人民照中國律例無論犯何罪名逃入法國人，或法國所保護人民寓所，或商船隱匿者，地方官照會領事官查明罪由，卽設法拘送中國官審辦。至中國人民因犯法逃往越南，由中國官照會法國官訪查嚴拏，明實係罪犯交出，照法國與別國所訂互交逃犯之約，最優之章辦理。其法國人民及法國保護之人犯法被告逃往中國者，法國官照會中國官查明實係罪犯，設法拘送交出法國官審辦。彼此不得稍有庇匿。』咸豐八年中美條約第十八款：『儻大合衆國民人有在船上不安本分離船逃走至內地避匿者，一經領事官知照中國地方官，卽派役訪查拏送領事等官治罪。若有中國犯法民人，逃至大合衆國人寓館及商船潛匿者，中國地方官查出，卽行文領事等官捉拿送回，均不得稍有庇匿。』又何以異耶？若其國家未締結交付犯人條約，自無請求引度之權利，古今法制，亦屬相同。如史記齊太公世家載：

「桓公立發兵攻魯，佯爲召管仲欲甘心，實欲用之。」

則犯罪不能引度，而以武力貫澈其主張，此一例也。又如韓非子載：

「衞嗣君之時，有胥靡逃之魏，因爲襄王之后治病。衞嗣君聞之，請以五十金買之。五反，而魏

王不予。乃以左氏易之。羣臣左右諫曰：「夫以一都買胥靡可乎？」王曰：「非子之所知也。夫治無小，而亂無大，法不立而誅不必，雖有十左氏無益也；法立而誅必，雖失十左氏無害也。」魏王聞之曰：「主欲而不聽之不祥。」因載而往徒獻之。』（內儲說上七術篇）則不得請求引度而以都邑交換，貫澈其主張，又一例也。既觀乎此，並參照本章第一節所舉治外法權，則可知我國古代實兼有屬地屬人二種主義，應無疑義。

第二編 犯罪

第一章 總說

犯罪者，國家以刑罰爲制裁之不法行爲也。換言之，刑法所列舉之有責不法行爲也。析言之，則（1）犯罪者，行爲也；惟曰行爲，故須外部身體之動靜，其單屬精神作用者，不得爲犯罪。（2）犯罪者人之行爲也；非人之行爲而爲偶然發生之事實或生物之動作，既無所用其刑罰，自所無謂犯罪；故必須有人之行爲。（3）犯罪者有責行爲也；犯罪行爲須有犯意，即其行爲須出於故意過失，且有責任能力者，必如此，而其行爲始得歸其人之責任，故犯罪者須爲有責任行爲也。（4）犯罪者不法行爲也；不法行爲云者，即法規之所不許者，故正當之行爲爲法規所是認者，不得爲犯罪。今日法制關於犯罪之意義如此，古代蓋亦大致從同。古代民智未開，神權說盛，在羅

馬、處罰動植，神龜有鼠，神菓有蟲，認爲褻神，均鄭重捕殺之。我國古代實無其例。論者以爲戮屍鞭屍，實可推證。不知戮屍之刑，爲明所創，清代因之；先秦以前，無有是制。伍胥鞭屍，係個人復讐之舉動，非國家制定之典刑。凡屬正當防衛緊急行爲，均在不爲罪之例。下節詳述，無庸先贅。至如皐陶之「罰弗及嗣」，實刑一人之精神，而秋官三赦三宥之制，亦植責任能力制度之基礎。凡此所舉，古今相同。故知我國古代於刑法精義備有其規。惟慽夏啓創族罪之刑；周公列籍沒之制，一人犯罪，舉族爲鯢；財產沒收，人降皁隸，沿春秋而勿替，迄秦政如燎原，遺傳數千年，罹寃人萬億，斯可哀矣！作族罪刑考，列第二章。

第二章　族罪刑考

族罪之刑，起於何時？尚書舜典既有「罰不及嗣」之明文。證諸殛鯀興禹之事實，則唐虞之世，無族罪之刑，無庸疑義。鹽鐵論云：

「文學曰：紂爲炮烙之刑，而秦有收孥之法。」（周秦篇）

實則收孥之法，起原甚古；非秦世始有此制。蓋實創自夏啓，當西曆紀元前二千一百九十六年，即夏啓即位之翌年，有扈氏不服啓之立，啓伐有扈，大戰於甘，而有甘誓，其詞有云：

『予則孥戮汝。』（尙書甘誓）

典籍於族罪刑之記載，此爲最早。唐、虞之時，旣無此種刑罰。夏禹在位，下車問罪，後世共稱，則其時亦無族罪刑罰，定可無疑。至夏啓有甘誓之明文，故族罪之刑，創自夏啓，可謂信而有徵也。

夏啓旣制族罪之刑，歷太康而至於桀，凡有五帝，其時刑罰，亦必有族罪刑之存在，可推想而知。西曆紀元前一千七百六十五年，商湯伐夏而有湯誓，其詞有云：

『爾不從誓言，予則孥戮汝，罔有攸赦。』（尙書湯誓）

則商代亦有族罪之刑，毫無疑義。商紂殘酷，多行刑罰，族罪之刑，在當時亦必盡熾。當西曆紀元前一千一百二十四年，武王伐殷，師渡孟津，具言誓師討紂之罪。其詞有云：

『罪人以族。』（尙書秦誓）

以有族罪之刑，爲其罪狀之一。則當時對於族罪刑之觀念，不難推想而知。周革殷命，而族罪之刑，

蓋未廢除，史稱周公輔成王作周官，設其言而確，則周初於此種刑罰，且有明文規定。如秋官司厲籍沒之制是已。留於刑罰編中述之，茲不先贅。

成王既伐管叔蔡叔，以殷餘民封康叔，作康誥、酒誥、梓材、康誥多關於刑法之語，於其中一則云：

『王曰：封元惡大憝，矧惟不孝不友，子弗祇服厥父事，大傷厥考心；于父不能字厥子，乃疾厥子；于弟弗念天顯，乃弗克恭厥兄；兄亦不念鞠子哀，大不友于弟，惟弔茲不於我政人得罪，天惟與我民彝大泯亂曰乃其速由文王作罰，刑茲無赦。』

文章古奧，解釋甚難。左傳非謬族罪之刑，嘗引康誥之語；如

『在康誥曰：父子兄弟，罪不相及。』（齊大夫苑何忌語，見昭公二十年。）

『康誥曰：父不慈，子不祇，兄不友，弟不共，不相及也。』（晉臼季語，見僖公三十三年。）

則成王之時，不取族罪之刑，與秋官司厲之制迴殊，孰是孰非，待高明之考究。

周之初有無族罪之刑，雖不能完全斷定。而春秋則有族罪刑，徵諸左傳所載，無庸疑也。如楚

殺伍奢並及子與親戚；（尙謂其弟員曰「親戚爲戮，不可以莫之報也。」）（昭公二十年）如晉士蔿使羣公子盡殺游氏之族；（莊公二十五年）如楚鄢將師矯子常之命，盡滅郤宛之族黨；（昭公二十七年）九月己未，子常殺費無極與鄢將師盡滅其族。（昭公二十七年）如此之類，不勝枚舉。鹽鐵論周秦篇暢言春秋族罪刑，而反復辨論其價值，御史之言曰：

『春秋罪人無名號，謂之云盜，所以賤刑人而絕之人倫也。故君不臣，士不友，於閭巷無所容，故民始犯之，命不軌之民，犯公法以相龍，（古本作寵）舉棄其親。不能伏節死理，遁逃相連，自陷於罪，其被刑戮，不亦宜乎？一室之中，父兄之際，若身體相屬，一節動而知於心。』（周秦篇）

此贊成春秋族罪刑之論旨也。文學以爲不然，而斥當時族罪之制，其言曰：

『春秋曰，子有罪，執其父，臣有罪，執其君，聽失之大者也。今以子誅父，以弟誅兄，親戚小坐，什伍相連，若引根本之及華葉，傷小指之累四體也。如此則以有罪誅及無罪，無罪者寡矣。……自首匿相坐之法立，骨肉之恩廢，而刑罪多聞，父母之於子，雖有罪猶匿之，豈不欲服罪爾，子爲父隱，父爲子隱，未聞父子之相坐也；聞兄弟緩追以免賊，未聞兄弟之相坐也；聞惡惡止其

人，疾始而誅首惡，未聞什伍之相坐。』

文學之言，可謂透澈，而合於法理人情。然御史於族罪刑之理由，則如左證：

『夫負千鈞之重，以登無極之高，垂峻崖之峭谷，下臨不測之淵，雖有慶忌之健，賁育之勇，莫不震慴悚慄者，知墜則身首肝腦塗山石也；故未嘗灼而不敢握火者，見其有灼也，未嘗傷而不敢握刃者，見其有傷也；彼以知爲非罪之必加，而戮及父兄，必懼而爲善。故立法制辟，若臨百仞之壑，握火蹈刃，則民畏忌而無敢犯禁矣。慈母有敗子，小不忍也。嚴家無悍虜，篤責急也；今不立嚴家之所以制下，而修慈母之所以敗子，則惑矣。』

未嘗灼而不敢握火，以見其有灼；未嘗傷而不敢握刃，以見其有傷也。其言曷常不有片面之理。但若衡諸族罪刑，則於法理人情，均不可通。故近世各國立法例大抵『罪止一身』爲目的，絕對不採族罪刑之制度。茲將鹽鐵論文學駁辨之言，具錄於篇，其言曰：

『紂爲炮烙之刑，而秦有收孥之法。趙高以峻文決罪於內，百官以峭法斷割於外，死者相枕席，刑者相望，百姓側目重足，不寒而慄。詩云，謂天蓋高，不敢不局；謂地蓋厚，不敢不蹐，哀今之

人，胡爲虺蜴！方今之時，豈特冒火蹈刃哉？然父子相背，兄弟相慢，至於骨肉相殘，上下相殺，非輕刑而罰不必令太嚴而仁恩不施。故政寬則下親上，政嚴則民謀主，晉厲以幽，二世見殺，惡在峻法之不犯，嚴家之無悍虜也。聖人知之，是以務恩而不務威，故高皇帝約秦苛法，歷怨毒之民，而長和睦之心，惟恐刑之重，而德之薄也；是以施恩無窮，澤民後世。商鞅、吳起以秦楚之法爲輕而累之上危其上；下沒其身，或非特慈母乎？』

族罪刑之施行，究以幾族爲限。書云孥戮；案孥爲妻子之統稱，卽分妻爲一族，子爲一族，亦不過二族未爲三族也。三族者何？諸儒解說，紛紜不一，有以父母兄弟妻子爲三族；（周禮注）漢書註範圍較廣，而衡諸當時事實，史記註所云，似較爲確當。刑及三族，似係春秋時所創，孔子家語云：

『宰予與田常之亂，夷三族。』

史記楚世家云：

『新王法有敢饟王從王者，罪及三族。』

然考諸周禮秋官司厲之規定，於男女老幼均有明文，故周初實有三族之刑，惟無三族之名稱耳。

史記云：秦文公二十年，法初有三族之罪，以三族之罪，始於秦文，蓋謬也。

墨子爲春秋末季人，其主張爲兼愛主義。孟子曰「墨子兼愛，摩頂放踵利天下爲之。」此語最能顯出墨家全部精神，其理論具在墨子兼愛篇中。因兼愛而演出「非攻」其理論具見非攻篇。均非本文範圍，不具論。於茲所言者，墨子有取族罪刑之事實，殊令人詫異！墨子既唱非攻，則不應提倡軍事，乃備城門備高臨，備梯、備水、備突、備穴，備蛾，迎敵祠、旗幟，號令，雜守諸篇，均大談攻守之策；而且其弟子禽滑釐等三百人亦皆爲能戰之士。（見公輸篇）既以兼愛爲主義，則不應有族罪刑。乃號令篇云：

「歸敵者父母妻子同產皆車裂。」

「若以書射寇犯令者，父母妻子皆斷身梟城上。」

「有以私怨害城若吏事者父母妻子皆斷；其以城爲外謀者三族。」

寧非可怪乎？則春秋時族罪刑之盛行可知也。

降洎戰國，各國刑法，均有族罪之刑。法家如商子爲秦相亦取族罪族刑。淫刑以逞，更有什伍

連坐之法，五家爲保，十家相連，一家有罪，九家連擧發；若不糾擧，則什家連坐。遂致渭水盡赤，赭衣滿路，而商君卒亦被車裂滅族無姓。（見史記商君列傳）始皇之十九年，夷嫪毒三族，（見史記始皇本紀）腹非者誅，罪必以族，秦法之有族罪，夫人而知，不必贅矣。至如趙，如蘇秦說李兌，其語有云：

『今君殺主父而族之，』

則趙有族罪刑，可無疑義。至如韓，國策記聶政刺韓傀，因自皮面抉眼，自屠出腸以死。韓取聶政屍於市，縣購之千金，久之莫知誰子。嗣：

『政姊嫈聞之曰：「弟至賢，不可愛妾之軀，滅吾弟之名，非弟意也。」乃之韓；視之曰：「勇哉氣矜之隆，是其軼賁育而高成荆矣！今死而無名，父母既沒矣，兄弟無有，此爲我故也。夫愛身不揚弟之名，吾不忍也。」乃抱屍而哭之曰：「此吾弟軹深井里聶政也。」亦自殺於屍下。晉、楚、齊、衞聞之曰：「非獨政之能，乃其姊者亦列女也；聶政之所以名施於後世者，其姊不避菹醢之誅，以揚其名也。」』（韓策）

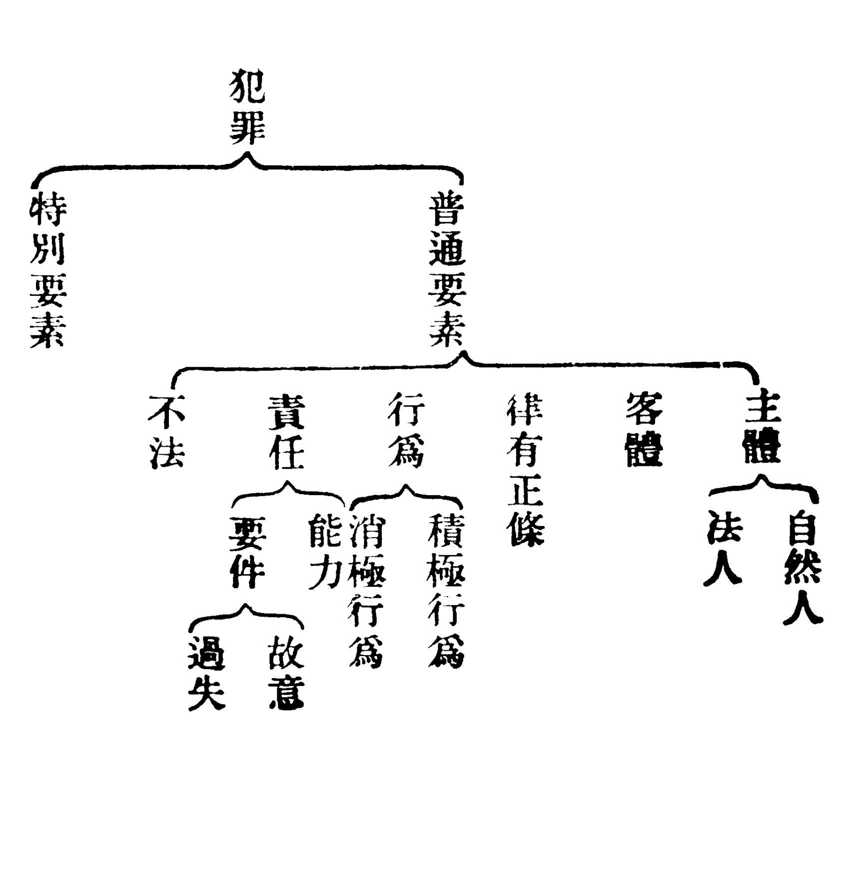
政姊非共犯，奚必避菹醢之誅？此其時有族罪之刑，無疑也。其他諸國，亦均此種刑罰，不一舉證。

第三章　犯罪之要素

第一節　總說

無論何種事物，必具有組成之要素；如人類以五官四肢爲要素，禽類以二足二羽，獸類四足而毛爲其要素。凡物皆如此，犯罪之事實，亦奚獨不然。故有一犯罪事實，卽必有惹起其犯罪者。與受其犯罪者，及惹起犯罪行爲之動作，曁罰其行爲之法令，凡此種種，在近世均爲犯罪之普通要素。至於各種犯罪。尙有各種之成立要素，例如殺人罪以殺害他人身體爲要素；竊盜以竊取他人財物爲要素。其行爲普通性質相同。而特質則異。學者稱之爲犯罪特別之要素。

我國新刑法總則之所規定者，均屬犯罪成立之普遍要素。而特別要素則新刑法分則所規定者也。玆列表於左。



本章所述亦就普通要素一端，然不能究考舉述者，亦有數種：自然人當以出生後死亡前爲

斷；然胎兒自出生後雖取得自然人之資格，而關於犯罪主體問題，則以刑事丁年爲限。至關於被害客體問題，自出生後卽應同享法律上之保護。若有殘害甫經出生之嬰兒，當然以殺人罪論，此近今中外法制所共同。然而古代有夷族之刑，凡犯罪人之親屬，不分老幼，一律棄市，卽甫經出生之嬰兒，亦認爲犯罪主體，處以極刑。此可爲痛心，不再爲論列者一也。自然人以外法律因某種團體認爲有人格，而使得爲權利之主體者，是爲法人。由其職務上言之，又有公私之別；公法人之觀念，發達較早，而私法人之觀念，則屬近百年來之產物。我國古代蓋無此種觀念，故不可考究者二也。犯罪之成立，依近代刑法觀念，以法律有明文者爲限。希臘學者有言：『無法律則無犯罪，無法律則無刑罰。』新刑法第一條亦設有行爲時無明文科以刑罰者其行爲不爲罪之明文，所以示一切犯罪須有明文乃爲成立；卽刑法不准比附援引之大原則也。而在我國古代，荀子有『無法者以類舉』（王制篇）之文，周代有「附從輕」（禮記王制）之制。鄭敬曰：「比例無正律曰附，從輕以防寃。」則古代於刑法無明文之行爲得比附援引及類似之解釋，可無疑義。此法有明文一項，不能論列者三也。至若行爲之爲積極消極，引證推論古代之情形，亦屬難能之事。此不可

究考論列者四也。此四款除刑事丁年一問題，留於責任能力節研究外，已不舉述。茲所臚舉者，惟責任，不法二款，如左：

第二節　責任

第一款　總說

責任二字之意義如何乎？就文字解釋，有解釋爲義務之意義者，如父母對於子女，應負保育之責任，則其例也。有解釋爲法律上或道德上制裁之意義者，如損害他人財產，應負賠償之責，其前者之例也。如遇事不誠，應負相當之責，其後者之例也。雖然，此種之解釋，與本題所謂之責任，毫無相關，何也？本節所言，乃專對於犯罪行爲與精神上有無聯絡之關係者而言也。

責任之意義，既如前述。故吾人可知精神的要素，亦爲犯罪成立上必要之條件；則雖有犯罪行爲，而不能具備精神的要素者，不得以刑法上之有責行爲論。卽無由成立犯罪。就此，本節之所謂責任，其意義更可明矣。

犯罪何以必限於有責行爲？蓋以吾人身體動作，須有責任，不問其爲合法行爲，或違法行爲，

理論上並無差異。如僅有外部身體而無精神上之聯絡者，自不應負法律上之責任。况犯罪行爲直接於吾人利益剝奪有關，更不能不以責任之具備與否爲斷，故犯罪必限於有責行爲，其理至顯。分款述之。

第二款　責任能力

何謂責任能力？卽對於刑法上一定之行爲及其結果，有一定人格能力之謂也。易言之，卽對於一定犯罪行爲而具有負擔刑法上制裁之能力是也。而精神狀態不健全者，與未成熟者之行爲，不能負擔刑法上制裁之能力，是有成熟且健全之精神狀態者爲有責任能力無疑矣。

新刑法規定責任能力，係由消極的方面，對於無責任能力者，不爲罪之明文；而無責任能力者之種類，則有未滿十三歲人，及心神喪失人二種。對於十三歲以上未滿十六歲人，及滿八十歲人，心神耗弱人，瘖啞人，則減輕責任。茲參稽現代法制，稽考古時之刑法，分二項述之於次：

第一項　未滿七歲及七十歲以上之人

罪之成否，以年歲爲準，吾國舊律有三項矜恤之例，分別年齡爲十五歲以下，十歲以下，七歲

以下三種。各國亦皆有幼者無罪或減輕之規定，惟其制度亦有種種不同，試列表於左：

種別	國名	絕對無責任	相對無責任	減輕時代	刑事丁年
第一種	俄羅斯	七歲未滿	七—一四	一四—二一	二一以上
	葡萄牙	七歲未滿	七—一四	一四—二〇	二〇以上
	羅馬尼亞	八歲未滿	八—一五	一五—二〇	二〇以上
	意大利	九歲未滿	九—一四	一四—一八 一八—二一	二一以上
	西班牙	九歲未滿	九—一五	一五—一八	一八以上
	澳地利	一〇歲未滿	一〇—一四	一四—二〇	二〇以上
	丹墨	一〇歲未滿	一〇—一五	一五—一八	一八以上
	那威舊法	一〇歲未滿	一〇—一五	一五—一八	一八以上
	佛雷伊	一四歲未滿	一四—一八	一八—二三	二三以上

日本舊法	一二歲未滿	一二—一六	一六—二〇	二〇以上

第二種

英吉利	七歲未滿	七—一四	無	一四以上
紐約	七歲未滿	七—一二	無	一二以上
墨西哥	九歲未滿	九—一四	無	一四以上
希臘	一〇歲未滿	一〇—一四	無	一四以上
和蘭	一〇歲未滿	一〇—一六	無	一六以上
仇南勃	一一歲未滿	一〇—一六	無	一六以上
布加里亞	一〇歲未滿	一〇—一七	無	一七以上
巴那	一二歲未滿	一二—一六	無	一六以上
裴里伏	一二歲未滿	一二—一六	無	一六以上
匈牙利	一二歲未滿	一二—一六	無	一六以上

	德意志	一二歲未滿	一二—一八	無	一八以上
	伏特	一四歲未滿	一四—一八	無	一八以上
第三種	法蘭西	無	一六歲未滿	無	一六以上
	比利時	無	一六歲未滿	無	一六以上
	里克薩勃兒	無	一六歲未滿	無	一六以上
	土耳其	無	一五歲未滿	無	一五以上
第四種	那威新法	一四歲未滿	無	無	一四以上
	日本現行法	一四歲未滿	無	無	一四以上

按右表所列之立法例，得分爲四種：其第一種分四期，（一）絕對無責任。（二）相對無責任。（三）減輕責任。（四）全負責任；第二種無減輕責任之規定，僅分三期。第三種僅分爲相對無責任及全負責任二期，所謂絕對無責任者，乃法律上斷定爲絕無辨別心是也。所謂相對無責任者，

由法官審查其辨別心之有無，爲減輕或不減之根據，至若刑事丁年者，應當依法處斷，自不生責任年齡之問題。

上舉前三種立法例關於責任年齡之規定，雖有種種之區別，蓋皆本於舊派立法觀念。其以辨別心爲責任之條件，故根本上絕無採取之價值。蓋以刑法之處罰犯罪，其目的在維持人類共同生活之秩序，則關於責任年齡問題，亦應以是否能達刑法上之目的者爲衡，相對無責之規，實不足以收刑法上之效。故近代最新立法例，僅設有絕對無責任及全負責任之區別，不採相對無責任之觀念。刑法規定未滿十三歲人之行爲不罰，十三歲以上未滿十六歲人之行爲得減輕本刑二分之一（第三十條）仍取舊例，不採新規。

現在之制度既明，然後進而研究古代之法律。我國古代蓋有責任年齡制度，於幼者既有不爲罪之規定；於老者且亦有明文，在法律上者與幼者享同樣之利益。此點與現在各國之制度不同，與新刑法亦迥異，實堪注意。禮記曲禮云

『八十九十曰耄，七年曰悼，悼與耄，雖有罪不加刑焉。』

耄、惛忘也，悼、憐愛也。耄者老而智已衰，悼者幼而智未及。雖有犯罪，均不負刑事責任，周禮秋官司刺云：

『一赦曰幼弱，再赦曰老旄。』

鄭衆云『幼弱老旄，若今時律令年八歲八十已上，非手殺人，他皆不坐，』先鄭爲東漢時人，故可知我國古代有責任年齡之制，而且遞遺勿替，當可無疑。

關於幼年者犯罪責任設有一定限制，其規定爲未滿七歲。若未滿七歲者而犯罪，在刑律絕對無責任，已如前引。實與現在俄國、葡萄牙、英吉利、紐約規定絕對無責任之年齡相同。刑法第三十條之規定爲未滿十三歲，較諸周制推廣至大。雖然，刑法所以推廣其年齡者，非對於幼年者特垂寬宥也，醫者之治疾，以疾病不同，用藥亦異，或施以溫和之劑，或與以猛烈之方，均不外欲收痊癒之效果。刑法之處罰犯罪，蓋亦以適當爲必要焉。故對於精神發達者與以刑罰之制裁。其未發達者，於刑罰以外，別求救濟之法。否則，幼年犯罪，一律科刑，則惡性既難化除，信用因而墮落，未達刑罰之目的，反予以養成惡性之機會，無異絕其將來自新之途，而貽社會將來之危害，於國家社

會又奚益乎？故近代立法例，大抵推廣責任年齡之範圍，我國古代之規定，未免太苛，新刑律第十一條規定十二歲，揆之刑事政策，未爲得當，王亮疇氏刑法草案參酌多數國立法例，改爲十四歲，而修正案改爲十三歲，未知抱何種理由。

關於老年者不負罪責問題，現代各國立法例無此制度，新刑法亦不採用，前已言之矣。而我國自古迄清均有其制，（清律對於老者之犯罪分爲三期，九十歲以上爲第一期，八十歲以上爲第二期，七十歲以上爲第三期）管子諸書所言，均有『老弱不刑』之旨，是可見先秦已前，確有此種制度，毫無可疑。曲禮云：『八十九十曰耄』耄者老而智已衰，卽對於一定犯罪行爲因『耄亂荒忽』（書孔傳語）不能辨別其爲是非善惡也。以其無辨別心，故在刑法不爲罪。在近代最新立法例，關於幼年者犯罪責任問題，且僅設有絕對無責任及全負責任之區別，不採有無辨別心之觀念。故我國古代老年者不負罪責之制度，自刑事政策立論，決無存在之價值。新刑法對於老者犯罪，亦不免其責任，惟滿八十歲以上，得減本刑二分之一，見第三十條。

七歲以內與八十九十老，在我國古代均無責任能力，已如前所述矣。古代有籍沒之制，不僅

沒收犯罪者之財產，而且籍沒其家屬爲奴，於財產刑沒收節述之。茲不先贅。在古代幼老者犯罪責任制度之下，幼老者之家屬犯罪，幼老得不在籍沒之例，而且推廣責任年齡之範圍，如周禮、秋官、司厲云：

「七十者與未齔者皆不爲奴。」

七十與未齔者不爲奴，亦赦老耄幼弱之意。（王應電語）曲禮規定八十九十均無責任能力，於此明文規定爲七十。較諸曲禮爲推廣矣。齔者何？自乳齒變爲永久齒之謂也。說文云『男八月生齒，八歲而齔；女七月生齒，七歲而齔。』就男子一方論，較諸曲禮規定，更多一年。與羅馬尼亞規定絕對無責任之年齡，爲八歲未滿者，正復相同。

第二項 精神病人

精神病人云者，達於責任年齡，而精神狀態發生障礙者之謂也。亦無責任能力者之一種，其行爲依法不爲罪。蓋處罰犯罪，以能否收刑罰之效果爲前提，精神病人之行爲，在行爲者本人既已毫無主宰。其不能收刑罰上之效果，自無疑義。此各國立法例，對於精神病人一律設有無責任

能力之規定也。

所謂精神病者，無論疾病之種類，抑爲癡騃，抑爲癲狂，其精神狀態苟認爲不健全者，概以精神病論。然自其發生之時候言之，有由於先天的者，有由於後天的者；自其發作之性言之，有繼續性者，有循環性者，雖各有不同，而在法律上認爲無責任能力，蓋無二致。惟其犯罪行爲，若係出於精神病間斷時期者，仍當以具有普通人之精神狀態論，應負犯罪之責任，何也？蓋行爲者本人已能主宰，其行爲自須受法律之裁制也。

我國古代於精神病人，亦認爲無責任能力者之一種。其行爲不爲罪。周禮、秋官、司刺云；

『三赦曰惷愚。』

惷愚卽生而癡騃童昏者，（鄭注）故精神病人之行爲。在古代亦不爲罪，與現行刑法第三十一條規定相同，無庸疑義。

精神病人之行爲，依法雖不爲罪，然苟無其他救濟方法，則社會不甚發生種種之危害乎？此刑法第三十一條所以有但書之規定也。惟精神病人監禁屬行政處分之一種，與自由刑之性質，

絕不相侔。大理院二年非字三十七號判例於此定有明文。蓋以精神病人，法律上既認爲無責任能力，自不生處罰問題，然與社會荀有意外之危險，而其親屬又不能爲相當之監督者，得施以監禁處分，或交付精神病院，或其他處所，禁制其自由，以保護一般人之利益。刑法第三十條，亦有但書之規定，未滿十三歲人，及十三歲以上未滿十六歲人之行爲，得因其情節施以感化教育，此種教育之目的，偏重於感化兒童之惡性，不得誤認爲特別刑罰之一種，亦不得認爲行政上之處分；乃純屬於特別性質之教育機關也。古代於幼年之行爲，有無刑法第三十條但書之規定？於精神病之行爲，有無刑法第三十一條但書之規定？典籍未有明示，吾儕未敢臆說。

第三款　責任要件

第一項　故意

故意爲搆成犯罪要件之一。故意以具備觀念及決意二要件而成立。所謂觀念者，卽對於一定犯罪事實而具有相當認識之謂，決意則指實施犯罪動作之意思而言。故犯罪故意，必知爲犯罪事實，而有爲之之決意也。雖有犯罪事實之認識，而無犯罪行爲之決意；或對於犯罪事實，無從

認識，均不得謂之故意。蓋以犯罪事實之認識，與犯罪行爲之決意。均屬心理作用，觀念屬於知力，決意屬於意力缺其一則其行爲不得謂之故意也。故意之解釋既明，茲研究帝舜對於犯罪之主觀主義，則可推證古代故意之觀念如何。

帝舜當時之主觀主義，與近世之所謂主觀主義不可混同。近世關於犯罪主義，由所謂客觀主義，變遷而爲一種所謂主觀主義，所謂客觀主義云者，以行爲之結果發生如何之實害以左右刑罰。近時學說漸指摘其謬因犯罪而發生實害之如何，實犯人自必有之心理現象因犯人欲發生如何之危險，卽處以如何之刑罪，名之爲主觀主義。此主義於各國立法例上顯而易見。而以帝舜之主觀主義比較之，一則着眼如何之危險，一則着眼如何之意思，其間涇渭有別。蓋近代之立法例，重視現在之實害，且計無形及將來之實害。而帝舜之主觀主義，殆不計加害之點，自始至終，均聽正義之要求因果應報，罪惡必罰，實爲帝舜刑法之最大特色之一。若夫可否適用於今日，另一問題，無滋詳論。採用主觀主義之例，如『眚災肆赦』之規定，其最著者也。此規定之解釋，於第三節詳述之，茲先略言之，『眚』爲過失，『災』爲正當防衛，及基於救護緊急危難之行爲，『肆赦』

爲刑之全免，對於過失犯罪，全免其刑，蓋以其意思絲毫不背道德，其觸法條，因對於犯罪行無事實之認識，不惟減輕其刑，特全免之。而其過失結果之實害如何，所不計也。又對於正當防衞，及救護緊急危險之行爲，均不爲罪，全免其刑，此一例也。

書有『怙終賊刑』之語，『怙』謂犯人有所恃，所謂主觀的狀態。『終』謂再犯。『賊刑』即刑之加重，亦不外在道德上增惡犯人之意。『終』者終身不改惡遷善，增惡其心術也。凡此均留於後節詳述，茲不先贅。以此而證主觀主義，要無可疑，此又一例也。

白虎通五刑篇云：『五刑者五常之鞭策也。』孫星衍引之注尚書堯典。（見尙書今古文注疏，）五常者道德上五個之綱常，五刑者爲實行五常之鞭策，其科犯罪以五刑，即處置違反五常之行爲也。而白虎通亦記宮刑之事，如宮者女子淫執置宮中不得出，丈夫淫割去其勢。（五刑篇）雖未必指帝舜之刑法而言，要謂五刑概爲反坐刑。帝舜之宮刑亦然，敢爲斷定。而所謂『淫』者要如今日所謂姦淫罪，實無疑義。注重道德的見地，特反坐其刑，此又一例也。

責任之思想，爲正義重大之要求，故官吏如不盡其職責，則罰重罪。史所載者如鯀即是。鯀任治水

之職，治水而無功，在今日單受官吏懲戒法之制裁。而當時處鯀流刑，（或謂鯀處死刑，參看刑罰編自由刑節。）與鯀同時處流刑者，尙有共工諸人，共工之罪狀爲『淫僻』（此淫作放縱解）可見當時刑法對於官吏處刑特重，毫無疑義。又夏之法典名爲『政典』。政典有『先時者殺無赦，不及時者殺無赦』（尙書胤征）之語，掌曆象者即今日天文臺之官吏，曆象之時期，即弦望晦朔等類，或有過誤先於實際之天時，或後於實際之天時，則處死刑。夏之時代，於此既有明文規定。即帝舜之時，亦有如此思想，可以推想而知。其他帝舜之刑法，對於官吏特別之刑罰者，如鞭刑之設；對於學生之勤惰，有扑刑之制，（扑刑與鞭刑爲同種之刑，參看刑罰章）皆不外此思想之表現。而此事一面可見當時文明雖屬幼稚，法制雖屬單純，實有對於制裁（刑罰）一般犯罪，與對於制裁（懲戒）官吏職務上行爲之區別，而他一方面增惡官吏學生之過怠，較普通人民爲尤烈。蓋其刑法上之判斷，出於道德的見地，如學生不勤於學業，亦科以刑罰，有無實害與危險，非犯罪之要素，此其明證也。

第二項　錯誤

犯罪之故意，略如前述。然故意有時或因錯誤而發生障礙者，是卽所謂錯誤。是錯誤云者，觀念與對象不一致之謂也。觀念爲犯罪故意成立之要件，苟行爲者之觀念在此，而結果之發生乃在彼，其故意當然不能成立，而屬於錯誤。

因錯誤而生犯罪之結果、處罰如何，刑法有明文規定。古代亦然。如周禮、秋官、司刺云：

『壹宥曰不識……三宥曰遺忘，』

卽其明文也。錯誤之種別，可分爲事實上錯誤及法律上錯誤二種，玆分別說明如左；

第一事實之錯誤　犯罪事實之錯誤，有屬於法定事實者，有屬於具體的事實者，法定事實之錯誤，卽抽象的事實之錯誤，法律中所列舉之犯罪事實、皆爲抽象的規定，如定殺人者，應處何種刑罰，立法者抽象定之。當時並無殺人之事實也。此種法定事實之錯誤，有三場合：（1）抽象的事實存在而不認識之時，（2）抽象的事實不存在而認識爲存在時，（3）事實與本人之觀念爲別種犯罪時，玆舉周禮鄭玄之注以作（1）例。例如：

「遺忘若間帷薄忘有在焉，而以兵矢投射之。」

則信爲帷薄無人，而投以兵矢，偶然中人，雖有殺人之結果，而不得成立故意殺人罪，何也。以行爲者觀念之錯誤，不能認識殺人罪之事實故也。

至如具體的事實，其實在之事實，與本人觀念中所認識之事實均屬於具體的事實錯誤之範圍，固無論目的與手段也。目的之錯誤云者，卽對象之性質雖同，而非行爲者觀念中之目的物之謂也；手段之錯誤云者，犯罪行爲之結果，出於行爲者觀念對象以外之客體之謂也。茲摘周禮、秋官、司刺壹宥不識之鄭注賈疏以作舉例。註云：

『玄謂識審也，不審若今仇讎當報甲，見乙誠以爲甲而殺之者。』

疏云：

『云玄謂識審也者，不識卽不審，云甲乙者，與喻之義耳。假令兄甲是仇人，見弟乙誠以爲是兄甲錯殺之，是不審也。』

在作爲者苟知被害者爲乙，決不致實施殺人行爲，則其行爲屬於錯誤，毫無疑義。大理院亦有同樣之判例，如『因開槍擊賊，誤中其兄斃命，以法理言，屬於打擊錯誤，當然阻却故意而爲想像上

俱發罪，其擊罪之所爲，實係殺人未遂，誤擊兄死之所爲，實係打擊錯誤，且並無過失之可言，當然不爲罪。』（二年非字四八號）注疏所稱者爲雠，判決所舉者爲賊，是行爲者目的之觀念不同，法理上則屬一致。

第二法令之錯誤　雖然，不審云者，即一切事實，不能有明白認識之謂也。鄭注所解是其一例，愚以爲不知刑罰法令，而實施犯罪行爲者，當屬於『不識』範圍，共在宥減之例。蓋以象魏已懸刑象之法，人民有應知之義務，而萬民觀象，挾日而斂，爲時甚暫；雖佈憲有官，達於四海，都鄙悉至；而法令繁瑣，有如牛毛，微論普通人民不能完全知曉，即法律專家對於刑罰法令，亦恐未必能記憶無遺。如以不審法令，不幸而誤入於刑，自亦不無可原之情節，此刑法第二十八條有但書之規定。古代於法令之錯誤，當必有減輕之事實，可推想而知。

第三項　過失

過失者，對於犯罪事實，因不注意而不能認識之謂也。申言之，即對於一定犯罪事實應認識，且可以認識之事實，因不注意之故而不能認識，致發生犯罪之結果是也。過失行爲最重要之要

素，即要缺事實之認識，若有事實之認識則爲故意，不生過失之問題。故過失與明知而犯之完全有責之故意不同，且其犯罪之結果，非基於不可避之機會，故過失與本不能知或無可逃避完全無責之不可抗力亦有區別。刑法規定相對有責，見第二十五條。古代如何？過失宥減，其源甚古，法官始祖臯陶之言曰：

『宥過無大。』（尙書大禹謨）

凡因過失而生犯罪之事實者，無論其罪犯如何重大，亦得宥減，特言其大者，則罪之小者可知也。周書康誥亦云：

『乃有大罪，非終，乃惟眚災適爾，旣道極厥辜，時乃不可殺。』

眚卽過失之謂，是周制過失犯罪亦得酌減無疑，周禮秋官司刺亦有明文規定如：

『再宥曰過失。』

鄭注『過失若今律過失殺人不坐死』是過失得減輕罪責，可無疑義。是雖無犯意而有過失，亦須受刑法之制裁，與近今各國刑法規定相同。

過失殺人，鄭注已舉其例，若因過失而生燒燬建築物者，刑法第一百八十九條有明文規定，古代亦須處罰。如：

「凡國失火……則有刑罰焉。」（周禮夏官司馬）

是因過失犯罪不能全免其罪刑，毫無疑義。故臯陶不曰赦而曰宥，周禮秋官司刺不入三赦範圍，而列三宥之內也。

有謂法律之有過失犯之規定，淵源於羅馬法。考羅馬法上過失曰 Culpa 凡分三種，如：

（1）Culpa lata 重過失，指最輕率者所可避之過失而犯之者。

（2）Culpa levis 輕過失，指普通人不可避之過失而犯之者。

（3）Culpa levissima 最輕過失，指必須非常注意，始能避之過失。

然吾舜帝之刑法，早羅馬法遠甚，在如此之古代而有此大原則。故意特重其刑罰，過失酌減其處分，刑法之發達，寧非可驚！

尚書舜典「眚災肆赦」一語，其所謂「災」者，蓋含有正當防衛及救護緊急危難行為二

種觀念。正當防衛及敘護行爲，在刑法規定完全無責，古代亦然。於下節述之。

第三節　不法行爲

第一款　總說

不法行爲云者，即法規之所不許者之行爲也。不法行爲之爲犯罪普通要素之一種，於第一章曾已言之。論者以爲既稱犯罪行爲，即無不違背法規之理，又奚必列爲犯罪普通要素之一種？徒取畫蛇添足之誚，反滋疑義之端。不知犯罪之意義，其內容固已含有不法之性質，係屬用語上之關係，蓋雖具備犯罪普通之要素，而未具不法要素，所謂犯罪，仍無由成立，是犯罪之成立，必其行爲另具有不法之條件，明矣。

所謂不法條件，則以非行使權利之事，及非法所放任之行爲二點。然法律於此不設積極的規定，僅從消極的方面列舉權利行爲與放任行爲。二種行爲，表面上雖與犯罪行爲相同，然於刑法，有特別認許之規定。（刑法第三十四條至第三十七條）大別之，固爲權利行爲與放任行爲二種；細別之，則有左列諸款之所舉。

第二款　正當防衛及緊急避難行爲

正當防衛云者，凡對於現在不正之侵害，而出於防衛自己，或他人權利之行爲之謂也。現行法關於正當防衛之行爲不罰，規定於第三十六條。蓋以對於他人不正之侵害，人情決無坐而忍受之理，此所由正當防衛，在法律上認爲一種適法行爲也。惟苟出於正當防衛，雖殺人不罪。關係旣重，故其限制亦嚴。其逾防衛行爲過當者，當然爲罪。此刑法第三十六條又有但書之規定也。

救護緊急危難行爲，學者謂之緊急狀態，卽謂當危迫之時，因避免危害而出於不得已加害人之行爲，新刑法第三十七條有明文規定。本條所規定係不得已之行爲或放任之行爲，與正當防衛情形不同，非由於驅斥他人侵害，乃由於天災地變及其餘自然之厄，或由於自力不能抵抗之人力強制，不得已而爲之者，刑法卽不加以罰。人情當緊急時，因欲保護自己之現時危難，不得已而牽害他人法益者，亦所不免，法律不之罰。蓋本於法律不責人所不能之原則也。

以上所舉二則，世界各國古代均已有此觀念，我國古代何獨不然？而尙書舜典「眚災肆赦。」

一語，實包含過失，正當防衛及救護緊急危難行為三種之觀念。考之如左：

『眚災肆赦，』一作「眚烖過赦，』（史記）災與烖字同，所異者肆與過二字，舜典謂：『眚災肆赦，怙終賊刑，』史記作：『眚烖過赦，怙終賊刑，』而過失與眚害，意義不同，因之全文之解釋，亦有歧異，舉之如左：

第一　眚災肆赦

眚字非災害之義，為普通過失之義；災字作不幸解，即肆赦因過失或不幸而犯罪者。肆，緩也，緩之者，即宥之義也。（孔安國朱熹等）

第二　眚災過赦

眚字固災害之義，眚災為人之患害，有危害及於人之結果，其行為出於過失者赦之。（鄭元尚書注）

歸納右述，不外：

（一）　因不幸而犯罪者赦。（關於第一說）

（二）　因過失及不幸而犯罪者赦。（同上）

（三）　因過失而犯罪者赦。（第二說）

驟觀上舉三種之見解，似其間各大有差異。所謂赦之適用場合，頗不相同。雖然，細察當時之思想與用語，不幸云者，過失云者，其本質範圍，不能如近時法學上之明確，例如云因過失而犯罪者，又或因不幸而犯罪者，我國古代自不能如近世法學思想之精緻嚴正之用語，後世諸家之解釋猶若是，況乎四千餘年前之古帝王哉？是以本文僅有二種，解釋更歧而三種。取捨採擇，頗感困難，要之認二者因過失又不幸而犯罪者赦之，當無大誤。

眚之意義，前節已言之，無再贅述之必要。災之意義，說文云：『天火』玉篇云『害也。』公羊傳云：『害物曰災』故災不外天災人禍，所謂不幸是也。遇不正之侵害，與避現在之危難，皆可謂之不幸。因不幸而至觸犯罪刑，亦當赦之。其範圍如何？條件如何？典籍無明白以示吾儕，未敢臆說，惟其包含正當防衛，及救護緊急危難之行爲，應無疑義。日本岡田博士亦謂眚災肆赦，彙有二意，但正當防衛，居其少數，救護行爲，居其多數。理或然歟？

關於肆赦，今日法學上用語之謂赦者，必有大赦特赦之意味，爲一定之恩典。茲之所謂，蓋非此意。然則犯罪不成立之意歟？抑減免刑罰之意歟？當時恐亦未有明確之思想。我國自中古以來，刑法之如今日所謂之犯罪不成立，及刑之全免二者，無盡區別其間。但古時思想之傾嚮，亦偏重於犯罪不成立之觀念，而一方以其行爲固爲犯罪，特以其起因基於緊急之狀態，或出於正當之防衞，不當科以常刑，須加減免之意。學者之論旨，亦然。

肆赦之範圍如何，吾人不得不加以研究。既云赦可矣，何必曰肆赦。其刑全免或減輕乎？抑減輕與全免，均得適用乎？諸說紛紜，莫衷一是。茲舉其說如左：

第一　絕對的全免說

是卽完全不成立罪狀說。朱子以爲若人如此（指過失與不幸）而入於刑，則又奚待流宥金贖，直當赦之。不外此意。（書傳輯錄纂註）

第二　絕對的減輕說

是以肆赦爲減輕之意。因其情狀如何？爲減輕其刑罰之等級。如丘濬謂人有過失或不幸，以

入於罪。（中略）入五刑者減流，當鞭扑者減贖。即其例也。（大學衍義補謹詳讞之議）

第三　關係的肆赦說

即因犯罪之情狀而定其宥赦與否；如罪之小者宥之，罪之大者不宥，之見解是也。關於眚災肆赦之本文。爲此說者愚未之見，可爲此文注釋者爲皐陶之『宥過無大』一語宋俞成爲之說云：過誤則宥小者，大者不宥，不宥大者所以使人警畏不敢懈怠。（見螢雪叢說）鄭樵之說亦同。（見唐荊川稗編）蓋此語既有如此之解，本文之謂眚災亦可據此推證，無俟深論。但其所謂宥，刑之全免歟？抑或減輕歟？則不得而知。故愚姑題爲關係的肆赦說，所以別全免及減輕二說也。

以上三說，孰爲允當？愚意採第一說，是無待躊躇容疑者也。第三說最謬，無俟深辯。宥過無大一語，雖大宥之，毫無問其罪之大小之意。實一般之定說，特俞氏故立異說，以標奇異耳？蓋：（1）自文句上言之，宥過無大者，雖大亦宥之，故宥過實無大小之區別，無論何人，均無異議，以宥過無大，係不宥大過者，實屬牽強之談。（2）帝舜之刑法執主觀主義，專重意思之點；無因行爲之大小，而區別過失犯宥否之理。（3）自眚災肆赦一語以觀，實絲毫不能發見有大小宥否，其他區別之

餘地。日儒盧東山亦駁俞氏之說，見無刑錄。

第三說既破，所存爲第二說與第一說之長短。二者之差，在刑之全免與減輕。自宥字以言，實全免與減輕二用。至赦字實有絕對全免之意味。無減輕意思之存在。而此本文，既爲『眚災肆赦』並不謂爲『眚災肆宥』，即此本文之旨，實屬第一說爲絕對的全免。與新刑法規定相同。毫無疑義。

凡屬正當防衛及基於救護緊急危難之行爲不罰。舜世創此制度，已如前述。自唐虞而下，夏商諸代，當必仍有此制，可推想而知。但典型無傳，不能稽考引證耳。有周一世，法律咸備，記載甚詳，關於正當防衛，及救護行爲，均明文規定不罰，如周禮地官調人云：

『凡殺人而義者，不同國令勿讎，讎之則死。』

殺人而義者，即今日之所謂正當防衛及救護緊急危難之行爲也。鄭注謂：「義，宜也。謂父母兄弟師長，嘗辱罵而殺之者，如是爲得其宜，雖所殺者人之父兄，不得讎也。使之不同國而已。」鄭氏之引譬有合於法理否？姑不具論，而當時法律實有殺人而義不爲罪之規定，要無可疑。不同國三字是衍文，見周官義疏原案。

正當防衛之制，在舊律亦散見於各種事例之中。如無故入人家登時殺死者勿論，及擅殺姦盜兇徒各條，均係其類。法國刑法與日本舊刑法，於因防衛而殺傷人者，規定特別不論罪之例。但其範圍至爲狹少。蓋限於生命身體之暴行與財產家宅之特種犯行，得施防衛，若其他之侵害行爲與夫防衛行爲，均無有明文規定，故不能謂爲嶄合法理。

夫立法之本旨，既爲保護法益，排除侵害，則他人對於一切名譽自由財產之侵害，均無坐而忍受之理。故防衛之必要，當然不限於殺傷，且殺傷可不論罪，則殺傷外之其他正當防衛之行爲，決無加罪之理。刑法將正當行爲，與夫救護行爲，均纂入總則，不問何等侵害，均得對之施以正當反擊，不可謂非法律上之進步也。實則凡此所述，虞舜及周代制度，均已具備，觀乎舜典之『眚災』，禮記之『義』之規定，則可推知其包括一切、凡生命、身體、自由、名譽、財產諸種之侵害，均得自進而執防衛之手段。唐虞時代，文獻無存，固無實例可舉。周世則另有明文，如周禮秋官朝士云：

『盜賊軍鄉邑及家人殺之無罪。』

玆臚舉各人解釋，以明此經之義。義疏原案云：「此節疑有脫文訛字，大意謂軍中鄉邑有盜賊來

刼竊其財物之家人者，當時殺之則無罪也。蓋姦人起於倉卒，不殺之則反爲彼所殺傷，故不可以擅殺罪之。」—賈疏云：「若今時無故入人室宅廬舍上人車船，其時格殺之無罪。」鄭注云：「謂盜賊羣輩若軍共攻盜鄉邑及家人者殺之無罪。若今時無故入人室宅廬舍上人車船牽引人欲犯法者，其時格殺之無罪。」—賈疏云：「盜賊並言者，盜謂盜取人物，賊謂殺人曰賊，鄉據鄉黨之中，邑據郭邑之內，家人者，先鄭舉漢賊律云牽引人欲犯法，則言家人者，欲爲姦淫之事，故攻之。」據上所舉，則可知古代關於正當防衞之範圍，至爲遼廣也。

自己法益被人侵害，自得實施防衞，不必述矣。至若他人遇有不正之加害，將致損失權利者，發見之人，不問其人係親族知交與否，即得代爲執行防衞之勢，是爲公許之義。想古代度亦如此，茲舉一證，古代關於防衞性交之自由。不惟被害者可得實施反擊之手段，被害者之夫亦當然有代爲執行防衞之權義。如左傳記

「鄭游販奪人之妻，其夫攻殺之，而以其妻行，子產復之，令游氏弗怨。」

則正當防衞行爲，春秋猶認爲法律原則。子產復之，令游氏弗怨。則其不必不同國，亦可無疑，由是

並可推證周禮地官調人之載爲衍文：蓋以非法侵害他人之法益，被害者自有正當防衞以保護其法益之權義，因正當防衞行爲者，致罹不利益之結果，正行爲者自取之咎，非被告者所得妄加以侵害；衡量情理，防衞者正不必遠行，國法上自不許復讐，所以保護法益之道者甚至。故：

「殺人而義者令勿讐，讐之則死。」

若對正當防衞者復讎，須受法律之制裁，成立普通殺人罪處死刑，經義至明，不必細述。

緊急防衞行爲，不負罪責，既如前述矣。至若超過必要之程度，則不得謂之正當防衞行爲，與緊急行爲，自不能免其罪責。惟其原因或出於故意，或出於過失，其加害之程度，必有大小輕重之差。故得因其情狀，而減輕其刑。關於避不能抗拒之危難強制而加過當之損害者，刑法規定於第三十七條，但救護行爲過當者得減輕或免除本刑。古代如何？文籍無證，不得而考，意者或入於過失宥減之範圍歟？經無明文，殊不得而稽矣。

第三款　復讐行爲

復讐之制，爲時最早，中外相同，蓋亦法律進化上必經之途徑歟？在原始之社會，範圍固不甚

大，其組織亦不完全各人不能依賴社會之共助與社會之保護，因而有自給自衛之方法。自衛作用之中，最要者爲復讎，復讎者何？己之親屬或朋友身體上或財產上受他人之侵害，而復與加害者身體財產上之損害之謂也。頗有合於人情的要求，而且對於以後之侵害作爲威嚇之防預，用以維持原始社會之秩序，實最有效。古昔聖賢，往往頌揚復讎爲美德，認爲被害者與其親屬之義務，蓋有以也。

在原始社會，復讎之必要，既如前述矣。但若一無限制，任其濫行；則於社會之繁殖治安與夫凝結力，均有妨害，甚至危及社會之生存。所以中外各國古代均有復讎程度之制限也。

在外國古代法律如『喀摩摩蘭卑』法典一百九十五條——一百九十七條及二百條之規定，須以自己所受之同種類同程度之損害，報之於加害者爲準。摩西法律（舊約全書出埃及記第二十一章二三——二五）亦然。我國古代如何乎？堯舜之世有無其制，文籍無徵，不得而考。惟周代實有其制，如周禮秋官朝士云：

『凡報仇讐者書於士，殺之無罪。』

則復讐之舉，先請於法官核准者不爲罪也。蓋『所謂仇者寃抑沈痛而號無告也。非所謂抵罪觸法陷於大戮，而曰彼殺之，我乃殺之，不議曲直暴寡脅弱而已。』（柳宗元駁復讐議）故曰：

『凡殺人而義者不同國，令勿讐，讐之則死。』（周禮地官調人）

而究否義不義，須先請明法院調查審定，王安石曰：

『已書於士而士得之，則以刑而論其罪；已書於士，而士不得，則罪不嫌於不明，故許之專殺也。』

故經法官之許可，乃得不爲罪。若未經法官之許可，擅自殺人，卽構成普通殺人罪，無用疑義。旣若得法官之許可，雖在異國殺讐，經異國法院覈考屬實，亦不爲罪，如義疏原案云：

『仇讐卽在異國，將往報報之，亦先言其情於本國之士，士覈其實而書之。他日殺仇於異國，則異國之士得考其實於本國而釋其罪也。』

外國古代有復讐者範圍之制限，凡非被害者或其近親，均不得復讐也。我國古代於復讐者範圍，亦有制限，法制規定凡二種，親屬朋友是已。親疏復讐之法，禮記曲禮云：

『父之讐弗與共戴天；兄弟之讐，不反兵；交遊之讎不同國。』在昔之觀念以爲父者子之天，殺己之天，與共載天，非孝子也；必求殺之乃止。至兄弟之讐，恆執殺之備；交遊之讐，不吾避則殺之。（鄭注）則復朋友之讐，與親屬之讐，其差別之點可見也。

親屬之有無關係，純由禮俗或法律所擬制；親屬本體上初非有天然之界限也。親屬之種類，在古代可分爲宗親，外親，妻親三種。復讐之親屬，抑包含全體親屬乎？以愚考諸記載，似以宗親爲限。宗親者，指同宗族；卽同一祖先所出之男系血統也。宗親之範圍，考諸經典暨歷代與現行之法制，均以九族爲限。刑法第十一條之規定，取親等主義而與服制圖初無不合。服制圖則衍自喪禮，周禮秋官刑法之規定於文例一項，亦依據喪禮，古今相同，深可注意。喪禮有隆殺，斯親族有親疏。古代於爲宗親間復讎之法，如：

『子夏問於孔子曰：「居父母之仇如之何？」夫子曰：「寢苫枕干不仕，弗與共天下也，遇諸市朝不反兵而鬬，」曰：「請問居昆弟之仇如之何，」曰：「仕弗與共國，銜君命而使雖遇之不鬬」曰：「請問居從父昆弟之仇如之何？」曰：「不爲魁，主人能則執兵而陪其後。」』（禮記檀弓上）

父母爲一等親且爲尊親屬情最重，故不可與讐並生也。兄弟亦爲一等親與已平等，其情比諸父母爲稍卑，雖不反兵而仕弗與共國，爲使不鬬較寢苫枕干不共戴天者有殊矣。從父昆弟爲二等親，較兄弟疏一等，故不爲報讐魁首。若主人能自報之，乃執兵陪助其後，與昆弟之不反兵者，又有殊矣。

義疏原案云：古者復讎不過五世，所以止殺也。公羊復百世之讎，就人子而原其心痛也；蓋父母之讐，歷久難忘，要當存此必報之意，非果百世也。案語解釋甚是，若如公羊復百世之讎，則揆諸古代之法理，亦不可通。

古代既有復讐之制，必因而生慘酷之結果，可無庸疑。故「摩西」法律等之古代法，均有避難市之制度，凡非因過失而殺人者，可以逃避市內，以免復讎。而故意殺人者，若逃入避難市之長老，或會衆得施審判。如若認爲不合避難之條件，可逐出市外，交付於復讎者。（見舊約全書出埃及記第二十一章十三十四。民數紀略，第三十五章九——三二〇申命記第十九章二——七，十一，十二。參看穗積重遠博著之法律之進化觀）我國古代法律亦有避讎之制，地官調人任其

職，如周禮地官調人云：

『凡和難父之讎，辟諸海外；兄弟之讎，辟諸千里之外；從父兄弟之讎不同國。』

漢唐以來，儒者多疑和難之說，五峯三山惑之尤甚，父兄之讎而可和者，以過而殺傷也。辟諸海外，猶之投諸四裔；辟諸千里外不同國，猶之屏諸遠方，則處置因過犯罪者以流刑；卽有虞流宥之法也。

第四款　職務行爲

職務行爲者何？卽國家公務之人員，依據法令，施行國家政務之行爲，是也。故此種行爲本於法令而實施，當然屬於合法行爲之性質，法律上自得不以不法論例。如秋官司刑之執行墨、劓、刵、殺行爲；司厲之執行沒收行爲；職金之執行罰金；司圜之執行監禁；掌戮之執行生命刑；司隸之執行拘禁或逮捕之行爲；及其他各官吏本於上官命令之職務行爲等類皆是。若現代新刑法第三十四條及第三十五條有明文規定。

職務行爲不爲罪，旣如前述。但若超過法令之正當範圍，卽不謂爲本於法令上之職務行爲，

仍當以犯罪論。古代於司法官既有『惟貨，惟來，惟反，其罪惟均。』（尙書呂刑）之規定，則一般官吏若超過職務範圍，其行爲當然負法律上責任，可無庸疑。舜時刑法有『鞭作官刑』亦卽制裁一般官吏瀆職之刑罰也。新刑法關於瀆職罪之規定，自第一百二十八條至第一百四十一條凡有四條。

第五款　業務行爲

正當業務云者，卽法令上或習慣對於一定營業所認許之行爲也。其最著也，莫若醫業，如醫師因治療方法而切開切斷人之身體，其行爲，雖與故意傷害無異。然此爲醫術上必要之手段，其結果無論如何，均不得認爲成立傷害，何也？蓋其行爲之本質，屬於正當業務之範圍也。史記扁鵲倉公精解破之手術，其解破人之胸腹，無異傷害，當時亦不認爲犯罪，此其明證。刑法第三十四條於正當業務之合法行爲不爲罪，定有明文。若夫其行爲超過業務之正當範圍時，卽不得認爲本於業務之合法行爲，仍當以犯罪論。

第七款　親權行爲

親權行爲卽尊長對於子弟而施之懲戒也。在法律所許之範圍內行使其懲戒行爲，自不爲罪，卽不能謂之犯罪也。我國古代因家族制度之結果，家長權極大對於家屬有生殺與奪之權，蓋與羅馬古代無異。如齊易牙殺子，桓公不以爲罪，扶蘇有『父賜子死尙安復請』（史記李斯傳）之言，當時認家長有殺子之權威，家屬有受死之義務，法律上絲毫不加制裁。古代親權之大，較諸今日，奚啻霄壤。

親權之外，尙有妻權行爲。極堪注意。惟此種規定，僅秦制爲然。秦以上確無此駭人之法制。史記秦始皇上會稽祭大禹，望於南海而立石刻頌秦德，其文有云：

『防隔內外，禁止淫佚。男女絜誠，夫爲寄豭，殺之無罪。』（史記始皇本紀三十七年）言夫淫他室，若寄豭之猪，（索隱）則以夫不守貞操之義務，妻可得殺害，妻權之大，寧非可駭！

第八款　自害行爲

吾人對於自己法益，有自由處分之權，爲世界各國法制之原則。故對於自己之加害，一般爲法所放任，不爲違法，卽不成爲犯罪。但亦有例外者，如生命身體雖屬自己法益而法律不許其自

由處分，蓋以吾人生命為國家公法上保護之利益，究非個人所得擅自處分，況若生命為法益中之最重大者，豈可放任乎哉？是不可不加以保護者明矣。保護之道維何？即刑法第二百九十條之規定者是。日本新刑法第二百零二條對於幫助人自殺者處罰甚嚴，既科罰其幫助者則不許其自殺可知。

自殺行為科刑與否，歷史上頗有變遷。外邦上古時代非惟自殺無罪，反有奬勵自殺之風，如歐洲大陸南部凡年在八十歲以上，得請求政府給予毒藥以自殺；印度古時凡至晚年輒遁入深山，槁餓而死。均以為年老人為棄物，有自殺之義務：日本民律親屬亦規定隱居之制，其隱居之人，多改用僧侶裝束。我國禮制規定年老人之待遇，較諸一般人異常優渥，禮書所載，至為深詳，實具備尊崇敬老之道，毫無輕蔑厭棄之心，此則中外古代法制不同之一點也。

然歐洲至耶穌教盛行時代，自殺之風，則懸為厲禁，蓋以人之身體生命，為神所與，若而自殺其生，則獲罪於神，宗教規則以自殺為大罪。我國古代禮法觀念亦以為：

「身體髮膚受之父母，不敢毀傷。」（孝經）

故：

『身也者，父母之遺體也。（禮記祭義）

是必須：

『父母全而生之，子全而歸。』（禮記祭義）

不然，輕生自殺，對於父母是爲不孝；對於國家即屬違法，夫法律與道德觀念各不互同，法律以人類之生存爲基礎，道德以仁聖爲根源，隱遁岩穴，固爲法家所深斥；殺身成仁，亦非法律之所要求也。韓非子云：

『鮑焦華角，天下之所賢也；鮑焦木枯，華角赴河，雖賢不可以爲耕戰之士。』（八說篇）

其非議自殺，可想而知。至於故自傷殘，亦爲法家所訾議。如韓非子云：

『豫讓乃自黔劓，敗其刑容，以爲智伯報襄子之仇；雖有殘刑殺身以爲人主之名，而實無於智伯若秋毫之末，此吾之所下也。』（姦刼弑臣篇）

當時自傷處罰之事實，雖不可得而稽，而法家之觀念，要可想見。唐律故自傷殘，不問有避無避均

科徒刑，則各人之身體之不許自由處分，要無疑義；乃大清律無避故自傷殘者，僅科八等罰，較唐爲輕，而律註謂或與人忿爭，或因事圖賴，故自傷殘，雖無避罪之情，亦有恐嚇詐人之意，故科以刑等語，則全失定律之本旨，其爲誤解，無待繁言。

歐洲古代既根據宗教之旨，以訂法律，凡自殺既遂者，沒收其財產，不使禮式安葬，且剝奪其死後應享之幸福，不得上升天堂；至於自殺未遂者，則加以處罰，或剝奪其名譽權，凡此種種，法律均有明文規定。揆諸法理，實云無當。夫刑罰之重，莫若死刑，自殺者既不畏死，則刑罰之效力，有所不及，此就法理言也；就事實言之，自殺既遂，已毫無處罰餘地，可加以處罰者爲未遂犯，既遂者刑罰之所不加，未遂刑網之所及，究其結果，非惟不能消滅自殺之風，反足以助長其自殺既遂，豈國家設法之本旨哉？

夫其人既甘心自殺，法律之力實有時而窮，已如前述。然倘教唆他人之自殺自傷，或幫助他人使之自殺自傷，與夫得本人之承諾囑託而爲殺人傷人行爲者，苟法律一概置諸不理，揆諸國家保護吾人身體之本旨，豈無遺憾？此刑法對於自殺所以有第二百九十條之規定。對於自傷而

有第二百九十九條之明文也。

第四章　犯罪之狀態

第一節　總說

犯罪之成立要素，既如前述矣。然具備成立要素之犯罪行爲或因結果之具備與否或罪數之不同，與夫犯罪人數之差異，其狀態乃有種種之區別，是則本章之所由述者也。

犯罪之有分類，其源最古，如希臘之刑事法以侵害公益爲公罪，侵害私益爲私罪；公罪處之以刑，私罪則由被害者要求贖金。羅馬十二銅標及其共和暨帝政時代之法律，其犯罪之分類，均與希臘刑事法相同，無滋多舉。至如法蘭西古法，則分犯罪爲大罪人小罪人之罪；德意志古代則分爲大事件小事件，名目雖殊，其取二分主義，則初無二致，降及千八百八年法國刑事訴訟法典始分犯罪爲重罪，輕罪，違警罪三種，各國刑法相率模倣，三分主義，殆遍全歐。迨至千八百八十一年之荷蘭法典，千八百八十九年之意大利法典改採二分主義，以重罪爲一類，輕罪爲一類，而删

去違警罪一種。挪威俄羅斯刑法均倣用之。夫違警律爲違背行政上監察之行爲，屬於行政罰之一種，其不列爲刑法上犯罪之一種，實堪稱得當也。

以今日刑法學理解釋分類之，自犯罪實質上則可分：（一）常事犯及政治犯，（二）刑事犯及行政犯，（三）普通犯及特別犯。自犯罪行爲上則可分：（一）作爲犯及不作爲犯，（二）即成犯及連續犯，（三）單純犯及結合犯。自訴訟手續上則可分：（一）親告罪及不親告罪。（二）附帶犯及非附帶犯，（三）現行犯及非現行犯是也。凡此種種，欲詳細舉說而推證古代之情形，實爲困難之事，故略而不陳。於此所述者，惟累犯，併合論罪，共犯三種，加之研究耳。

第二節　累犯

累犯者，犯罪人於犯罪裁判確定後，再犯之謂也。故與確定裁判前犯數罪者之併合論罪不同。（參看刑法第六十五條）

累犯者於初犯之刑，罔知懲戒，而又再犯或三犯，故須加重刑，或加別種制裁。各國法律對於累犯之處分約有三種：（甲）加重制，即對於再犯以上之罪犯較初犯應科之刑加重，此各國法

規所共認。（乙）嚴遇制，各國法例中有對於累犯科自由刑時，加以特別嚴重之待遇，而規定於刑法或其他附屬法令中。其方法不外鐵鎖足錠，（如瑞典刑第四章第十二條）粗食硬床，（如墺草第六十一條芬刑第二章第十三條）暗室。（如芬刑第二章第十三條）笞責，（如土耳其一九〇九年法律第十二條）至如（丙）爲流遺制，法國刑法犯於累犯者治以應得之罪外，復流之荒島，卽加以別種制裁，爲刑事移民之政策。我國新刑法明規累犯加重於第六十六條云：累犯不同一之罪或左列不同款之罪一次者加重本刑三分之一，二次以上者加重本刑二分之一，累犯同一之罪或左列同款之罪一次者加重本刑二分之一，二次以上者加重本刑一倍。所以儆怙惡示國法之威信也。古代如何？考之如左：

尙書舜典曰：

「怙終賊刑。」

與「眚災肆赦」其事全相反，而其意旨實相貫。犯罪者，旣不以初犯之刑罰爲戒，卽應從重科刑，此爲累犯加重之起源。

怙終賊刑一語較諸舜典規定法律各文似難領會，茲列舉諸家之解釋，以供參考。鄭玄之說既如第三章所述，其於尚書之註云：

怙其姦邪，終身以爲殘賊，則用刑之。

卽以本文賊字係犯人之行爲，與其他諸家異，王鳴盛亦採此說。（尚書後案）然他家概以爲刑罰之義。其解『怙終賊刑，』如：

孔安國曰：

怙姦，自終，當之刑殺。（尚書孔氏傳）

孔穎達謂：

怙恃姦詐，欺罔時人，以此自終，無心悔改，如此者當之刑殺。小者刑之，大者殺之。（尚書疏）

丘濬以爲：

有心失理爲惡，是爲怙終，人有所恃而又再犯之者，讞之，知非其過，當典刑者則坐以典刑；當鞭朴者則坐以鞭朴。見大學衍義。

朱熹以爲。

怙謂有所恃，終謂再犯，若人如此而入於刑者，則雖可當宥當贖者，亦不聽其宥，不聽其贖，必處以刑。見書傳輯錄纂註。

『終』爲再犯（累犯）之義，丘朱二氏已明言之，鄭氏二孔或云終身或云自始至終無改悔之心而爲惡。要亦皆再犯之事實，無待深論。

『怙』字之義，稍缺明晳，說文云：『恃也』，朱熹謂有所恃，則恃智計恃膂力等之指稱，恃多衆，當亦包含在內，皋陶所謂『刑故無小』（尚書大禹謨）一語，恰爲本文註脚，學者或以此『怙』字與『故』字同觀，蓋本於此。雖然，怙與故文字之本質，決不能同觀，蓋怙包含故意，故意者不必有所恃；有所恃而怙者含有故意及所恃二種狀態而成。關於犯人一種之主觀的狀態也。

凡怙字及眚災終諸字，一字而包含有多種意義。今人因之牽強附會，蓋非無因，古今之間思想言語之精疎確否，差別甚遠，古代人民思想簡易，且散漫而不精緻嚴確；其語言亦簡約而不詳密。迨時代進步，成正比例，言語文字逐漸豐富，而其愈豐富，遂成反比，一語一字之意義，逐漸局狹而嚴，

各國所共然。是此等文字在今日所以意外包含多種之意義，亦奚足爲怪乎？

怙與終之關係如何？又吾人所亟須爲研究者也。二者爲相關之二條件歟？將各獨立之一狀態歟？依前舉鄭氏以下四氏之觀念，怙終者賊刑之意，非具備怙終二條件不得賊刑，依朱子之見，則全相反，二者各自獨立，具有其一則得賊刑。而後說不可取，蓋爲一般之理論，實以二者必要具備爲有理由。

賊刑者何？如前舉二孔之言爲刑殺，顯達區別刑與殺。此二氏解以賊爲殺之意。而丘濬之解，則言當五刑者處五刑，當鞭扑者處鞭扑，如果處五刑者處五刑不問怙終與否，則本文一條，爲無用之空文。雖然氏之本意，實與朱子相同。氏謂典刑云鞭扑，云流云贖，恰如朱子之說縱令流宥，（氏與朱子同以贖爲宥恕刑）須視其情況如何，其出於怙終者須適用本刑當五刑者五刑，當鞭扑者鞭扑。故丘朱二氏均以賊刑爲嚴厲執行本刑之義。

賊之字義有數種，或謂殺人爲賊，或謂傷害爲賊，而無論殺傷實含多少殘酷之意。故『賊刑』之『賊』既不必爲殺，又不必爲傷，寧爲含有嚴酷之意，表示嚴重之義者，實較爲妥當。如一行爲，有

就其行爲之情形適用重刑，可謂爲賊刑。更進而加重其刑，亦可謂爲賊刑。要之賊刑之大主眼，在二種刑罰，從重處斷，故可斷爲加重之義。周書康誥曰：

『人有小罪，非眚乃惟終，自作不典，或爾，厥罪小，乃可殺。』

典常也，不典常亂也，或以也，爾然也，厥其也，自作不曲或爾，謂故意爲亂典常，所爲不法之行爲。是終卽係再犯，雖小罪必殺，其義甚明，無庸深論。殺者爲死刑之義，抑爲重刑之義？雖不得而知，要之爲非常加重，實可無疑。此雖爲周武王告康叔語，實可爲帝舜刑法之左證。蓋三代相依，周代刑法及其他制度，其思想皆繼受堯舜時制。舜時已具有累犯加重及刑罰加重制，毫無可疑。

罪刑加重，原所以懲怙惡之徒，苟適用時，漫無限制，亦失之過酷。現行刑法關於累犯加重之限制，具見第六十五條第六十六條第六十七條第七十九條第八十條，古代有無何等限制，文籍無證，不得而考。

第三節　倂合論罪

刑法第六十九條云：『裁判宣告前犯數罪者爲倂合論罪。』故倂合論罪者謂同一犯人未

受裁判宣告之二個以上之罪之發覺也。於同犯人之點，與共犯異；於未受確定裁判犯數罪之點與累犯異，故罪名與處分，均有特別之處。

關於併合論罪之處分各國立法例有三種主義：一爲併科主義，即將各罪所應科之刑，合併科之。絕對併科主義，今惟巴西刑法採用之。各國鮮有採用，因有事實之不能，或有越於必要之程度也。二爲吸收主義，即將各罪所應科之刑從一重處斷。此主義有二種流弊：第一弊多見於習慣犯人；第二弊多見之犯罪團體，蓋失之過寬也。三爲折衷主義，併科吸收二主義，既各有所失，於是折衷主義以生，此主義在併科吸收之間，實兼取各種主義之長而無其短。學者又謂之併用主義，現行法採此主義，規定於第五十六條。古代如何？尚書呂刑云『下刑適重，上服』賈疏謂：

『下刑適重者，謂一人之身，輕重二罪俱發，則以重罪而從上服，令之服上罪。』

既不採併科主義，併科輕重二罪，處斷惟於數罪中科以最重之刑，其爲吸收主義，毫無疑義。雖然古代，或於各罪中一最重刑以上再行加重，或祇科以一最重科，不再加重，亦皆由法官按其情節而定之。故賈疏又曰：

「或輕或重，諸所罪罰者有權宜，當臨時斟酌，不得雷同加罪。」

但判決書須將所犯諸罪分別敍明，雖從重刑處置，其各罪之刑亦應舉述。如呂刑云：

「獄成而孚，輸而孚，其刑上備，有幷兩刑。」

集傳謂上其折獄之書，當備情節，一人而犯兩事，罪雖從重，亦幷二刑而上之。

第四節　共犯

犯罪狀態有一人而犯數罪者，如累犯併合論罪，均已如前述。又有數人而共犯一罪者，卽所謂共犯是也。故共犯之成立，須具備二人以共犯一罪之條件。惟因其共同行爲之性質不同，而犯罪之種類，乃有許多之區別。

共犯種類，可自其責任上及成立上二點區別之。前者可別爲三種卽：（甲）正犯，卽數人共同分擔實行者也。（乙）教唆犯，卽使他人犯罪者也。（丙）從犯，卽幫助他人實施犯罪者也。後者可別爲二種卽：（甲）任意的共犯，卽法律上必要數人共同之犯罪，而數人共同犯之者也。（乙）必要的共犯，卽法律上必須數人共同而始得成立犯罪者也。新刑法分爲正犯，從犯，敎唆犯（第

四十二條，四十三條，四十四條）三種。古代於此雖無明文。然當時已有正犯從犯之區別，則可想見。周書康誥云：

『凡民自得罪，寇攘姦宄，殺越人於貨，暋不畏死，罔弗憝。』

集傳謂自得罪，非爲人誘陷。則被人誘陷，而犯罪者爲從犯，可推想而知；古代之處罰從犯，較主犯稍輕，其屬必減主義，亦可想見。今文家龔自珍所著春秋決事比內有關於共犯問題之問答一則，茲錄如左，並備一格：

『「唐問今律犯罪分首從，中春秋某律？又春秋僅如是乎？」答：「春秋密矣，今律但分首從，春秋從之中可分從。隱公元年公及邾儀父盟於蔑，公羊子曰：「及我欲之也。暨不得已也。及猶汲汲，暨猶暨暨也。」是其義也。『「壬問今律大盜不分首從皆死，何所祖？」答「昭二十二年劉子單子以王猛居於皇。」何休曰：「不舉重者，二子尊同權等此不分首從律所祖。」』

第三編　刑罰

第一章　刑罰之意義

刑罰者何？國家對於犯罪行爲之制裁，而與私人之痛苦，與剝奪其利益之謂也。故刑罰之性質，必具備一定條件。茲就刑罰之定義，分析說明如左：

第一、刑罰者，爲國家科一私人者；私人相互間無所謂刑罰之關孫也。是故刑罰權存於國家與一私人之關係，而不存於一私人與一私人之關係。雖然、在古代因尊重家族制度之結果，而有例外。如家長對家屬之不法者，操生殺予奪之權，無論生命身體財產上之利益，皆得任意剝奪。國家對於加害者既不予制裁，對於被害者故無保護之之道。羅馬古代蓋亦猶然。降洎後世，家長權漸次衰微，卽家屬之生命身體財產，家長不得任意剝奪；僅得於一定範圍內予以相當之監督權。中外法律之趨勢，實屬相同。

第二、刑罰者，對於犯罪之制裁也。法律之種類與性質，既各有不同，則其制裁亦異。故若各種法令上之制裁，與犯罪問題無關；而事實上雖有剝奪私人利益者，亦不能認爲屬於刑罰之性質。何也？蓋以其制裁非對於犯罪行爲之制裁也。例如由犯罪而罰金爲刑罰，由違約而罰金非刑罰也。

第三、刑罰者，與私人以痛苦與剝奪其利益也。古代刑罰備極慘酷，盛行肉刑。蓋本於威嚇主義之觀念而來，與現代剝奪私人之利益者有別。現行法不採身體刑。除以剝奪生命爲絕對的預防危害之手段外，其他之自由刑、財產刑、或能力刑，皆不外僅剝奪犯罪人之利益；固無所謂痛苦者也。古代刑罰，備具痛苦與利益二者；自由刑、財產刑、能力刑、在當時觀念亦不外剝奪犯罪人之利益。如周書呂刑云：

「罰懲非死，人極於病。」

蔡注云：「罰以懲過，雖非致人於死，然民重出贖，亦甚病矣。」則「病」者利益被剝奪之謂，當無可疑；一方面有身體刑，予犯罪人以痛苦。故茲之解釋古代之刑罰，謂爲與私人以痛苦

與剝奪其利益，想無大誤。

第二章 刑罰之種類

第一節 總說

我國刑罰之所由來，其源甚古。或曰白龍白雲，則伏羲軒轅之代，（通鑑前編外紀云：太昊時有龍馬負圖出於河之瑞，因而名官，始以龍紀，號曰龍師；又命五官，秋官爲白龍氏。黃帝有熊氏以雲紀官，號秋官爲白雲。）西火西水，則炎帝共工之年。（通鑑前編外紀曰：因火紀官爲火帝，秋官爲西火。左傳昭公十七年載：共工氏以水紀故爲水師而水名。）鶉鳩筮賓於少皞。（左傳昭公十七年，郯子曰：我高祖少皞氏之立也，鳳皇適至，故紀於鳥爲鳥師，而鳥名。）金正策名於顓頊，（杜氏通典顓項五官秋官金正曰蓐收。）咸有天秋與司刑憲大道之化，擊壤無違，然而記載簡略，其詳不得而考矣。有虞一世，典刑咸備，洎乎嬴秦，代有因革，爬羅諸制，究其種類，可分爲生命刑、身體刑、財產刑、自由刑、能力刑、名譽刑之六種，各著於篇。

第二節　生命刑

生命刑者，國家對於犯罪行爲之制裁，而剝奪犯罪人生命之刑罰是也。今昔刑罰根本觀念或有差異，而對於生命刑，認爲處罰重大犯罪上必要之手段，則無二致。刑法第七章刑名第四十九條舉主刑之種類及重輕之次序，而死刑列第一，故生命刑爲刑罰最重之刑，夫人而知矣。古代五刑之屬大辟爲重。稱生命刑爲大刑，如史記魯周公世家載：

「無敢不及有大刑。」

集解馬融曰：「大刑死刑。」古代生命刑執行之方法甚夥，備極慘酷。旣受斬決，又加屍刑，醢，膊，辜，焚，支解，烹，磔，均形骸不存，可謂慘矣！留於刑罰之執行章中述之，茲不先贅。

古代刑罰，崇尙威嚇，大辟爲刑罰之最重而行之最熾。漢高約法三章殺人者死。論者卽以此而推斷古代刑法完全爲報復主義。雖然，以愚考之，其說實未能全稱肯定。如尙書酒誥云：

「厥或告曰羣飲汝勿佚，盡執拘以歸於周予其殺。」

晏子春秋諫下篇云：

「景公有所愛槐。令吏謹守之，植木縣之下令曰：犯槐者刑，傷槐者死。」飲酒傷槐，均屬細故，而科死刑，倘所謂報復主義耶？故可知古代之多行大辟者，豈以其富有威嚇之性質也。

死者不可復生，斷者不可復續，故死刑一經執行，絕無回復性。其性質至爲危險，不若廢止死刑。是以皋陶孔老對於死刑，特加哀愼。皋陶之言曰：

「與其殺不辜，寧失不經；好生之德，洽於民心。」（尙書大禹謨）

老子之言曰：

「民不畏死，如何以死懼之。」

認死刑雖極慘酷，仍不能收威嚇之效，深具法理。孔子之言曰：

「死者不可復生，斷者不可復續。」（尙書大傳）

抨擊死刑制度毫無伸縮之餘地，可謂至矣。實我國唱廢止死刑之張本，而爲後世死刑廢止論之嚆矢也。夫天地之大德曰生，生物莫不貪生而惡死。乃鄭子產以爲生者人壽之常，刑人不終，關於

其命。左傳載其語云：

「人誰不死，凶人不終命也。」（昭公二年）

此則死刑存留說之一班也。韓非商鞅尤斤斤以死刑為維持社會秩序之計，淘汰害羣之馬，以保良善之風，若廢止死刑，則民如嬰兒不知畏懼。法何由而立，國奚由以治。管子亦云：

「法者，將用民之死命也。」（權修篇）

在先秦以前，既有死刑存廢之爭。在晚世對於死刑當否問題，尤多探討，茲略述如左：

（甲）廢止說　主張廢止者其所持理由，略有數端：（一）刑罰之殘酷，莫若死刑，實足以增長社會殘虐之風氣；如絕對廢止，或能收減少殺傷等罪之效。（二）死刑之刑罰，絕無伸縮可言，宜絕對廢止而採用有伸縮力之自由刑，則衡犯科刑，可得平允。（三）死刑一經執行，絕無救濟方法設因法官之錯誤冤者，莫由再生，故其性質至為危險。為預防危險，必須廢止死刑。（四）論罪科刑，既以國家利益為前提，國家於死刑之存在與否，實無利害關係。曷若改處無期徒刑，既足以收感化之效果，國家社會多一人民，無弊有益。此皆關於死刑制度認為應廢止之理由也。

（乙）存留說　主張存留論者，對於廢止論者所持理由，槪認爲不充分。其於第一理由認爲屬於牽強附會；近代死刑執行，不採公開制度。奚至長殘酷之風。則第一說可破也。其第二理由注意罪刑平均，實不能認爲適當；蓋刑罰之有輕重，本於犯罪程度之差異，死刑與自由刑之間，輕重懸殊。若廢死刑改處自由刑，則無期徒刑中，莫由分別輕重，其將何說？第二說可破也。其第三理由，謂死刑一經執行絕無回復，不知卽凡自由刑剝奪私人身體之自由以後，其被剝奪自由刑期間內，無論如何方法，絕無由回復原狀，豈獨死刑。矧死刑之宣告極爲愼重絕少錯誤歟？第三說可破也。至於第四理由謂死刑之存在，於減少犯罪並無實益；不知窮凶極惡不治之犯罪人，實無感化之可能，不加以絕對淘汰之刑，豈國家刑期無期之意哉？則第四說可破也。

據此，則廢止死刑論者所持理由、皆無採取之價值者可知矣。故近世英日德法諸國爲維持社會安寧秩序計，均不廢止死刑。我國地廣人稠，社會秩序尤易紊亂，不廢止死刑，實爲一般刑法學者所公認，惟在勿以黨爭而汚濫，從謹愼而重人命，死刑刑罰之功效可收，亦無庸其廢止也。

然世界全廢死刑之國殆居多數。在歐羅巴者；若意大利，瑞士聯邦中之七邦。羅馬尼，葡萄牙

荷蘭那威；在美洲北部者，若：密幾勘，羅士愛蘭，維斯康新，哥倫比亞，蔑印；在中部，若：洪條拉司巴拿馬，尼加拉夸，波蘭基利；在南部，若：委內瑞拉。在今日已若此，則將來全世界必有廢止死刑之日，可推測而知。

外邦在十八世紀始有意人 Becearia 者唱死刑廢止之論，在刑法史上永垂盛名，彼士翺耀。乃我東土庭堅，伯陽，尼父，諸哲，先河早闢，而光大無人，可慨矣！

第三節 身體刑

第一款 總說

身體刑者，直接予犯人肉體上之痛苦之刑也。現行法自易笞條例於民國五年七月十八日廢止後，已不復有身體刑之存在矣。在古代思想以為予身體以直接之痛苦符刑罰之精神者，莫體刑若，故多用之，所以五刑之中，體刑而有其四也。即在歐西亦莫不然。如羅馬與獨逸之古法，有火刑，溺殺，背部截開，以石打殺等刑罰，體刑之發達如此。降及後代如日耳曼更亟用體刑。可分為四枝切斷之刑罰，皮毛之刑罰二類。前者不僅單獨執行，死刑之準備亦用之。單獨科刑者有宮刑、

切斷手足、劓、刵、斷舌、斷唇及抉目之刑罰。皮毛之刑，有用於死刑之準備者，有於流放以前執行之者，但此屬例外事實上以單獨科刑爲主。皮毛之輕者，如鞭笞，加以皮膚痛苦，或其他如除去毛髮之事；其重者剝去皮膚，或捺以燒印之刑。我國古代之體刑，種類繁多，實與日耳曼堪相伯仲。茲欲究其種類，必先考其起原。

或謂古者無身體刑而有象刑。象刑者卽名譽刑，古代已有象刑之制，固無待言。若以爲無有身體刑者，是直無稽之談耳。故荀子亦頗指斥此說之謬，其言云：

「世俗之爲說者曰：「治古無肉刑而象刑……」是不然，以爲治邪？則人固莫觸罪；非獨不用肉刑，亦不用象刑矣。以爲人或觸罪矣，而眞輕其刑，然則是殺人者不死，傷人者不刑也。罪至重而刑至輕，庸人不知惡矣，亂莫大焉。」（荀子正論篇）

其駁解至爲明徹，古代已有身體刑，實毫無疑義。但身體刑創自何人耶？世之論者，輒謂三皇結繩，五帝畫像，三王肉刑。三王者何？謂夏禹商湯周文武也。若據此以言，則身體刑之制，實肇自夏禹矣。路史後紀亦載：

「始政肉刑，謀面用丕訓德。」（夏后禹紀）

雖然，身體刑之制，實創自蚩尤。鄭康成孔隸達丁謐王鳴盛諸人均謂肉體起自蚩尤之世。尙書明記其事云：

「蚩尤惟始作亂，延及於平民，罔不寇賊鴟義，姦宄奪攘矯虔。苗民弗用靈，制以刑，惟作五虐之刑，曰法。殺戮無辜，爰始淫爲劓，刵，椓，黥。」（呂刑）

劓，刵，椓，黥，四者均肉刑也。蚩尤以前有無此制，典籍無載，不得而稽。迨舜居攝之三年，取蚩尤之成法，參當時之情勢，而作五刑。夏遵舜制，成周益詳定法規，斯制大備。後世遵仍，遞遺勿替。迨至民國，始告剷除。可知身體刑之於吾國刑法上之適用，不可謂不大，其歷史不可謂不久也。於身體刑之種類節詳別考之。

第二款　身體刑的種類

我國古代身體刑之種類甚繁。有墨，劓，剕，宮，所謂五刑中之四刑也。此外有滅耳刑，滅趾刑，鞭扑刑，諸種。分別究考如下：

第一項　墨

墨刑者何？刻面塗墨之刑也。舜帝列五刑之首，實淵源於蚩尤之黥刑；非帝舜新制也。鄭康成周禮注云：

「墨，黥也，先刻其面以墨窒之。」言刻面皮為瘡，以墨塞瘡孔，令變色也。則墨刑執行之方法，可知矣。墨刑之有條文，始自何代耶？孔安國書傳云：

「夏有剕墨各千。」

是夏之墨刑條文有千，可無疑義。而夏以前，舜之時代，想當必已有墨刑之條文；然書傳無徵，未敢確斷。至周制之墨刑條文，僅有五百。如周禮秋官司刑云：

「司刑掌五刑之法，以麗萬民之罪，墨罪五百。」

穆王定墨罰千條。如尚書云：

「墨罰之屬千。」（呂刑）

五刑之中，墨爲最輕，故列於首。則凡輕微犯均處墨刑，可無疑義。在古代處刑情形明文規定者有二：

（一）官吏不能匡正其君　如尚書伊訓云：

『臣下不匡，其刑墨。』

墨、墨刑也，臣不能匡正其君，則以墨刑加之。（蔡注）是墨刑在商制又爲一種懲戒官吏之制，

（二）訴訟當事人不信訴訟約者。　如周禮秋官司約云：

『若有訟者則珥而辟藏，其不信者服墨刑。』

鄭司農云：「如諸侯萬民，有因此而訟者，當用舊約劑以質證之，故爲之珥，而辟藏視諸故府也。」「辟藏開府視約書不信不約也。珥讀曰衈，謂殺雞取血舋其戶。」王安石云：「珥而辟藏重其事，」若已見故府之文，而尚不信，則其昏墨實甚，故處墨刑，示其昏墨無識之意也。

（三）無意識之爭誦者　如伏生書傳云：

「非事而爭之出入，不以道義，而誦不詳之辭者其刑墨。」

（四）不燒詩書百家語者　此爲秦政之刑法，史記始皇本紀云：

『丞相李斯請史官非秦紀皆燒之。非博士官所職，天下敢有藏詩書百家語者，悉詣守尉雜燒之；令下三十日不燒，黥爲城旦。』（三十四年）

據以前所舉，則墨刑爲古代之輕刑，實無疑義。想古代因犯罪而被處墨刑者，殆必甚衆。漢之大將有黥布，曾被受此刑，見史記黥布列傳。

茲略考秦代而下之墨刑如左：

漢　文帝十三年五月，除黥刑。見漢書文帝本紀。

宋　明帝泰始四年，詔刼竊五人以下相逼奪者賜黥。見宋書明帝本紀。

梁　武帝天監十四年，詔除劓墨之刑。見梁書武帝本紀並見隋書刑法志。

遼　太宗會同九年十一月，令豬晉人郎黥而縱之。見遼史太宗本紀

聖帝統和二十九年五月甲戌，詔帳族有罪黥墨，依諸部人例。見遼史聖宗本紀。

興宗重熙三年，上諭犯徒罪者免黥面，止刺頸。見遼書刑法志。按遼史興宗本紀不載。

宋

太祖開寶元年十一月癸未，黥李從善部下及江南水軍一千三百九十八人爲歸化軍。見宋史太祖本紀。

太宗端拱二年，詔盜主財者勿私黥。見刑法志。按宋史太宗本紀不載。

神宗熙寧二年免命官杖黥法。見刑法志，按宋史神宗本紀不載。

孝宗淳熙　年詔裁定黥刺法。見刑法志。按宋史孝宗本紀不載。

元

世祖至元二十二年十一月丙申、赦囚徒，黥其面。見元史世祖本紀。

仁宗延祐元年十一月癸酉，敕吏人賊行者黥其面。見元史仁宗本紀。

英宗至治三年通制成其黥刺之例俱定。見元史英宗本紀。

明

英宗正統八年定竊盜刺臂例。見明會典。

神宗萬曆十五年二月，重修會典書成，併定律例及一切黥刺之制，見明通紀，並見明會典。

清

順治十一年議准逃人七十歲以上，十三歲以下無論男女俱免鞭刺。見大清會典。

康熙四年題准凡逃人將面上字毀去者補刺。見大淸會典。

康熙五年逃人改刺臂上逃者已多，無憑稽察，仍刺其面。見大淸會典。

第二項　劓

劓者何？說文云：刖劓也。亦爲五刑之一。蚩尤所創，帝舜時亦有此刑，夏定劓刑千條，如孔安國書傳云：

「夏有劓墨各千。」

商制亦有劓刑？如商書盤庚云：

「我乃劓殄之無遺育。」

周制亦有劓刑。如周書康誥篇云：

「非汝封刑人殺人，無或刑人殺人，非汝封。又曰劓刵人，無或劓刵人。」

則周世亦有劓之刑罰，毫無可疑。

第三項　刵

剕刑者何？刖足之刑也。釋詁「剕，刖也。」說文「刖，絕也。」足刖者斷絕之名。故刖足曰剕。剕刑，帝舜列五刑之三，較劓刑爲嚴，爲蚩尤所創，如周禮賈疏云：

「臏本亦苗民虐刑。」

臯陶爲士，制刑改臏作腓，故稱今名。周禮賈疏云：

「咎陶改臏作腓。」

夏遵舜制而定臏刑之條文。伏生書傳云：

「夏刑臏辟三百。」

是夏之臏刑條文有三百條。可無疑義。至周改稱爲作刖，如周禮鄭注云：

「刖斷足也。周改臏作刖。」

其條文亦較夏爲多，如周禮秋官司刑云：

「刖罪五百。」

何種罪犯而處刖刑，夏周本刑條文既無傳，不能考證。茲就諸書記載之事實，分別舉錄，藉資

推證。

（一）竊駕君車　係春秋衛國之法，韓非子記其事云：

「昔者彌子瑕有寵於衛君，衛國之法竊駕君車者罪刖。彌子瑕母病，人閒往夜告彌子，彌子矯駕君車以出。君聞而賢之曰：「孝哉！爲母之故忘其刖罪。」」（說難篇）

說苑亦載此事，見雜言篇，不多引。

（二）踰城郭決關梁而略盜者　伏生書傳云：

「決關梁踰城郭而略盜者。」

此條法規在戰國時代，尤見採用。韓非子曾記其事實。如：

「梁車新爲鄴令，其姊往看之，暮而後門閉，因踰郭而入，車遂刖其足。」（外儲說左下篇）

（三）誑言　韓非子記其事，如：

「楚人和氏得玉璞楚山中，奉而獻之厲王。厲王使玉人相之。玉人曰：「石也。」王以和爲誑，而刖其左足。及厲王薨，武王即位，和又奉其璞而獻之武王。武王使玉人相之，又曰：「石也。」

王又以和爲誑，而刖其右足。』（和氏篇）

韓非謂衞國之法，竊駕君車者罪刖。則春秋各國各有此項法條，或可無疑義。且當時干戈角逐，上下僭亂。刑法縱有一定之規，在事實上不能盡屬有合法條，時勢使然，無足爲怪。故有以參與逐君之大罪而處刖者有之。如左傳莊公十六年載：

『鄭伯治與於雍糾之亂者，九月，殺公子閼，刖強鉏』

杜注『祭仲已死，故治與於殺糾逐君之亂者。』有爲訴訟代理人爲被刖者，如左傳僖公十八年載：

『衞侯與元咺訟，寗武子爲輔，鍼莊子爲坐，士榮爲大士，衞侯不勝，殺士榮，刖鍼莊子』

春秋時有鮑牽者，被齊聲孟子之讒而被刖。仲尼嘆之！見左傳成公十七年。茲略舉漢宋之刖刑如左，用資參照。

漢　文帝十三年五月除刖刑，按文帝本紀十三年五月除肉刑。

宋　明帝泰始四年詔劫竊五人以下相逼奪者賜刖。見宋書明帝本紀。

第四項　宮

宮刑者，腐刑也，卽男子割勢，女子幽閉之刑也。此刑之重，次於死刑，五刑之列，故位在四。尚書呂刑宮辟註云：

『宮淫刑次死之刑也。』

宮刑處置害性交自由罪之刑也。鄭注周禮云：

『男女不以義交者其刑宮。』

賈疏云『男女不以義交者其刑宮者，以義交依六禮而婚者。』何謂六禮？卽納采，問名，納吉，納徵，請期，親迎是也。禮記士昏禮章規定甚詳。古代婚姻須經過六禮始爲確定。不依六禮而婚，其婚姻則不爲正式。鄭氏之解謂宮刑所以懲辦不正式之婚姻者。以愚考之，此其解釋至爲狹義，蓋古代公認納妾制度，妾爲非正式之婚姻，蓋無庸必經六禮之儀也。若據鄭氏之解，則凡娶妾者亦須受宮刑之刑罰矣；豈當時之事實哉？且六禮之儀創於周代，明媒正娶之制，始於伏羲；而宮刑之制，肇自虞舜。參稽三代之制，可下一論斷曰：

『宮刑者處置害性交自由罪之刑罰也。』

凡非正式之婚姻及法律上所許之納妾外，而性交者是爲姦淫。男子犯者割勢，女子犯者幽閉，鄭康成曰：

『宮者丈夫則割其勢，女子閉於宮中，若今宦男女也。』（周禮正義）

宮刑執行之方法可知也。帝舜之宮刑，實淵源蚩尤之椓。（呂刑）椓者椓去其陰也，伏生傳云：

『男女不以義交者，其刑宮是也。』

宮刑爲淫刑，可無疑義矣。降及春秋，刑宮者不必盡屬害性交自由之罪。如春秋時晉韓宣子如楚，楚子欲宮宣子之輔羊舌肸。左傳載：

『及楚，楚子朝其大夫曰：「晉吾仇敵也。苟得志焉，無恤其他。今其來者上大夫也。若吾以韓起爲閽，以羊舌肸爲司宮，（杜注加宮刑）足以辱晉，吾亦得志矣；可乎？」』（昭公五年）

是以宮刑嚴酷而羞辱耳。後世宮刑之治其罪，非必姦淫、或本於此。

宮者守內，周禮秋官定有明文。奄宦之流，得以親居宮禁。春秋有豎刁其人自宮而諂上。韓非

子載云：

『豎刁自宮而諂桓公』（說林上篇）

管子亦載云：

『公曰：「然則豎刁何如？」管仲曰：「不可，夫人之情莫不愛其身，公妬而好內，豎刁自獖以爲治內。」』（十過篇）

故豎刁實爲後世自宮者之始祖。

虞舜宮刑之條文，不得而考。夏制宮刑五千條，伏生書傳云：

『夏刑宮辟五百，』

周之成王亦定宮刑五百條。周禮秋官司刑云：

『宮罪五百』

至穆王改定爲三百條，如尚書呂刑云：

『宮刑之屬三百。』

春秋時被處宮刑者，殆必甚衆，左傳所記寺人者，皆後世之奄豎也。周禮有掌管奄人之官。至秦始皇以宮刑者七十餘萬人作阿房，（見史記秦始皇本紀三十五年）則當時之受宮刑處分者，不知多少矣。

漢文帝除肉刑而宮刑不易。尚書正義謂隋開皇之初，始除宮刑。案通鑑西魏大統十三年三月除宮刑，非自隋始也。茲將秦代以下關於宮刑之記載，舉之如左，以資參考：

漢　景帝四年詔許死罪欲腐者。見漢書景帝本紀。

後漢　光武建武二十八年十月，詔死罪囚俱下宮，見後漢書光武本紀。

建武三十一年秋詔令死罪繫囚，皆一切募下蠶室，其女子宮。見後漢書光武本紀。

明帝永平八年冬十月丙子，詔大逆無道殊死者，一切募下蠶室。見後漢書明帝本紀。

章帝建初七年九月辛卯詔天下犯殊死一切募下蠶室，其女子宮。見後漢章帝本紀。

元和元年八月甲子，詔犯殊死一切募下蠶室其女子宮。見後漢書章帝本紀。

章和元年九月壬子，詔犯殊死一切募下蠶室其女子宮。見後漢書章帝本紀。

北齊 和帝永元八年八月辛酉，詔犯大逆募下蠶室，其女子宮。見後漢書和帝本紀。

後主天統五年二月乙丑，詔應宮刑者普免刑爲官（有闕文）見北齊書後主本紀。

遼 穆宗應曆十二年，國舅帳郎君蕭延之奴海里彊陵拽刺禿里年未及之女，以法無文，加之宮刑，仍付禿里爲奴。因著爲令。見遼書刑法志。按遼書穆宗本紀不載。

明 明定閹禁例，見明會典。

成祖永樂二十二年，令凡自宮者以不孝論。見明會典。

宣宗宣德二年令凡自宮隱藏避役及隱藏者俱治罪。見明會典。

英宗憲宗孝宗武宗正德俱有禁令，因繁不舉。惟

神宗萬曆十一年奏准嚴禁閹割，其有子多願閹一子者，報官造册，聽候選用，明會典載有明文。

清 順治三年定凡有私自淨身者，本身及下手之人處斬，全家發邊遠充軍，兩隣及歇家不舉首者，一并治罪。有司里老人等仍時常察訪，如或容隱，一體治罪。

定或民間有四五子以上願以一子報官閹割者聽。有司造册送部候收補之日選用。見

大清會典

第五項　刵

刵者何，斷耳之刑也。創自蚩尤，帝舜之五刑無有也。周書康誥篇云：

『又曰劓刵無或劓刵人』

是周之刑法有此一刑，可無疑義。但蔡忱尙書注，以謂「刵周官五刑所無，」考諸周禮諸官記載，實無刵刑之載，蔡氏之言，又屬可信也。惟古代實有一種滅耳之刑具。如周易噬嗑卦云：

『上九何校滅耳凶。』

程頤云：「上過乎尊位，无位者也，故爲受刑者居卦之終，是其間大噬之極也。何校而滅其耳，凶可知矣；何，負也，謂在頸也。」校者木械也，何負也。負木械於罪犯者之頸，實爲後世枷刑之濫觴；而在當時卽爲滅耳之具。如：

「象曰何校滅耳聰不明也，」

程頤云：「人之聾暗不晤，積其罪惡，以至於極，古人制法罪之大者，何之以較，爲其無所聞知積成其惡，故以校而滅傷其耳，誠聽之不明也。」則刵刑之適用，可知矣。

第六項　鞭扑刑

帝舜刑法中前揭之第三句曰：『鞭作官刑。』第四句曰：『扑作教刑。』此二句全關特殊之場合，而設特殊之刑罰也。前述五刑及自由刑對於一般人犯罪之適用，爲一般之刑罰。此二種則對於特殊階級之適用，斯名之曰特殊之刑罰。

官刑者何？解說不一，或云：治官事之刑。（孔安國尚書孔傳）或云：爲辨治官事者之刑（馬融史記集解五帝本紀）又或云官府之刑（朱熹書傳輯錄纂註）以近世法學之觀念言之。三者各有差異。如行政上之刑，官吏之刑，官廳之刑之三說。我國古代之思想固無如此精緻之見解。以近世之觀念說明之，謂爲對於官吏特殊之刑罰，蓋無大誤也。

教刑者何？對於學校之刑罰也。然其爲對於教師之裁制歟？抑對於學生之裁制歟？鄭玄謂：爲教官之刑（尚書鄭注）朱子謂：學官之刑。（書傳輯錄纂註）二氏之言，究爲對於學生之裁制。

孔安國云：『不勤道業則撻之。』（尙書孔傳）學記云：『榎楚二物以收其威。』故二物可以扑撻，尙書益稷云：

『撻以記之。』

卽孔傳之旨也。蓋當時之制度，以爲學校爲國家重要官府之一，因之教官亦官吏之一種，是以爲教官者若有不當之行爲。其官吏身分上，當然須處前條之官刑。由是觀之，教刑者專對學生之刑罰，學生須遵守教官之命令，凡爲不當之行爲，教官自得執行所謂之教刑；恰與上級官吏對於下級官吏執行官刑相同也。

執行鞭扑之吏，周禮規定爲條狼氏，條狼氏之數，秋官序官規定：

『條狼氏下士六人，胥六人，徒六十人，』

其任務秋官條狼氏云：

『掌執鞭以趨辟。……凡誓執鞭以趨於前，且命之誓：僕右曰殺；誓馭曰車轘；誓大夫曰敢不關鞭；五曰誓師曰三百；誓邦之大史曰殺；誓小史曰墨。』

鄭司農云：敢不關謂不關於君也，玄謂大夫自受以出，則其餘事，莫不復請。則周禮所規定鞭刑之適用，可見一斑矣。

官刑對於官吏不當行爲之裁制，與刑法規定之瀆職罪實相仝；而在當時實包含一種懲戒處分。教刑與民法上所謂教育上懲戒權，當時民刑觀念無明瞭之界限，亦列爲刑罰之一種。雖然古代官刑教刑之適用，蓋限於官吏與學生特別之行爲。官吏學生若是屬於普通之犯罪，卽適用普通之刑罰，如五刑流刑贖刑等，理有固然，無俟繁言也。如共工與鯀均屬官吏而處流刑，此其顯著之例。惟至春秋時代鞭扑之適用，不限於官吏學生，而爲普通之刑罰。玆將左傳所載鞭扑刑執行之事實，摘錄如左，以爲佐證。

「冬十二月，齊侯游於姑棼，遂田於貝丘，見大豕，從者曰：「公子彭生也。」公怒曰：「彭生敢見。」射之，豕立人啼，公懼隊於車，傷足喪屨，反誅屨於徒人費，弗得，鞭之見血。」（莊公八年）

「初公築臺臨黨氏，孟任從之，閟而以夫人言許之，割臂盟公，生子般焉。雩講於梁氏，女公子觀之，圉人犖自牆與之戲，子般怒欲鞭之，公曰：「不如殺之，是不可鞭，犖有力焉，能投蓋於

稷門。」』（莊公三十二年）

『楚子將圍宋，使子文治兵於睽，終朝而畢，不戮一人。子玉復治兵於蔿，終日而畢，鞭七人貫之耳。』（僖公二十七年）

『初公有嬖妾，使師曹誨之琴，師曹鞭之，公怒鞭師曹三百。』（襄公十四年）

『初孟孺子洩將圉馬於成，成宰公孫宿不受曰：「孟孫爲成之病不圉馬焉。」孺子怒，襲成，從者不得入乃返，成有司使孺鞭之。』（哀公十四年）

『崔武子見棠姜美而取之，莊公通焉。崔子因是又以其間伐晉也。曰：「晉必將報，」欲弒公以說於晉，而不獲間，公鞭侍人賈舉而逐之，乃爲崔子間公，』（襄公二十五年）

以上所舉，均屬鞭刑，至如扑刑，如襄公十七年載：

『宋皇國父爲大宰，爲平公築臺坊於農功，子罕請俟農功之畢，弗許。築者謳曰：「譯門之皙，實興我役；邑中之黔，實慰我心。」子罕聞之，親執扑以行築者而扶其不勉者。』

據上舉以觀，春秋時代鞭扑刑之適用，與舜制不同，可無疑義矣。秦漢而下，更無待言。玆略稽

歷代之鞭扑刑，臚舉於左，以資考證。

魏　明帝改士庶罰金之令，男聽以罰金，婦人加笞，還從鞭督之例。見晉書刑志。按魏志本紀不載。

青龍二年春二月，詔曰鞭作官刑，所以糾慢怠也而頃多以無辜死，其減鞭杖之制，著於令。見魏志明帝本紀。

梁　武帝天監元年定鞭刑之制。見隋書刑法志。按梁書武帝本紀不載。

北魏　太武帝詔定鞭刑二百，見魏書刑罰志。按太武帝本紀不載。

孝明帝　年奏准親老犯流者，鞭笞留養。見刑罰志。按魏書孝明帝本紀不載。

北周　武帝保定元年七月以旱詔原鞭以下罪。見周書武帝本紀。

保定三年，頒鞭刑律。見周書武帝本紀，並見隋書刑法志。

隋　高祖開皇元年，除鞭刑。見隋書刑法志，按高祖本紀不載。

唐　太宗貞觀四年十一月，除鞭背刑。見唐太宗本紀，並見刑法志。

元　世祖至元二十九年二月，申禁鞭背。見元史世祖本紀。

英宗至治三年，太元通制成，禁鞫獄以私怨鞭背。見元史英宗本紀，並見刑法志。

清　國初旗下人有犯，俱用鞭責。見大清會典。

第三節　財產刑

財產刑者，剝奪犯人財產之刑也。無論古今中外，不外罰金與沒收二種。茲分別究考如左：

第一款　罰金

罰金之制度，創於帝舜，帝舜以前，有無此制，書冊不載，不得而考。尙書舜典曰：

『金作贖刑。』

金作贖刑者，贖罪以金，爲一種之財產刑也。而此刑適用之場合如何？是於帝舜之刑法中，爲議論最多之問題，舉其大端，有如左說：

（甲）五刑說

犯罪須處五刑而疑之場合，乃許贖說。今爲敍述便利計，名之五刑說。主此說之代表爲胡渭

其人，其論旨謂舜典設贖刑，蓋爲罪之疑，三代相承，忘有遺替。至周之穆王，其法尤密，贖金之額，皆詳細規定，爲疑罪計也。鞭扑二刑者，官府學校之刑。官吏學生，對於官府學校之行爲，隨時施刑；如其罪犯事實明白而無疑，則無贖之必要；若而許贖，則有害法之嚴正，人將利用其贖，有變亂主刑之弊。

是贖限於疑罪之場合爲前提。鞭刑扑刑不屬爲五刑範圍、故金贖限於五刑之場合，可斷定也。雖然，贖何故須限疑罪之場合？周穆王之法，雖有限此場合之明文，（尙書呂刑）而舜帝之法，依尙書之本文，固無其事，亦無其他補充之典故。胡氏於此，曾未有言，則其說前提未免失之獨斷，其論結自不可採。

（乙）鞭扑說

犯罪須處鞭刑扑刑者乃許贖說。朱子實此說之代表者。朱子再三反覆言此旨曰；贖者贖其罪也；蓋罪之極輕者，雖入於鞭扑之刑、而情法猶可議也。（書傳輯錄纂註）又謂：金作贖刑者，鞭扑二刑之可恕者，則聽其金贖。流宥所以寬五刑；贖刑所以尊鞭扑。即以財產刑之適用

範圍，須爲減輕鞭扑之場合，至若五刑則不在此例。其立法之理由以既殺人傷人，又得以金贖，則有財者皆可以殺人傷人矣；且被害者之不幸及其子孫，有復讐之舉，冤冤相報，靡有休止，則欲宥恕之，要必限流刑，不可許以金贖。

此說亦未免獨斷之弊，蓋五刑對於宥恕刑，既設有流刑，故財產刑亦非宥恕刑也。誠如朱子所言，鞭扑之爲宥恕刑，可謂獨斷而毫無根據，猶如第一說。且處五刑之罪，不必僅止殺傷，如關於風俗罪，奚非直接於被害者。關於此點，朱子之說，亦欠妥當。故此說亦不能左袒。

（丙）共通說

不別五刑與鞭扑，凡屬於宥恕刑，概許其贖，假稱共通說。此說馬端臨爲代表，馬氏斷第一第二之說皆謬。其理由以書之本文，固未云專爲五刑而設，或專爲鞭扑而設，故贖刑之適用，固不限於任何一方也（文獻通考一七一卷贖刑）孫星衍亦屬亦派。（尙書今古文注疏堯典）

馬氏之理論，頗有可採，蓋自金作贖刑之一句觀之，並將前後諸句全體觀之，以財產爲限於五刑

與鞭扑二者，固毫無表明；若以爲限於其一，則又未免妄斷。果爾，誠如馬氏之說，爲刑之共通歟？否則，抑爲獨立之一刑歟？於是乎第四說以生。

（丁）獨立說

財產刑者皆非五刑，流刑，鞭扑諸刑之宥恕刑。爲完全獨立之一刑，與生命刑，身體刑，能力刑，名譽刑，自由刑同爲犯罪之適用，此說之要旨也。孔安國（尙書孔傳）馬融（史記集解五帝本紀）等之諸氏，均主是說。但其言甚簡，不足爲舉，惟日儒盧東山述此說甚詳，謂：贖刑果何爲而設？蓋周禮所謂鈞金、里布、屋粟、罰布、舉貨之類，不在於五刑五流鞭扑之科，均所以禁詞訟，勸農桑，抑商賈也。唐虞雖無爲之世，亦有是制，凡掌法者，臨時議事，以爲之制，罰非一端，故泛云金作贖刑，而氏更以周穆王定贖之金額，爲五刑之宥恕刑，實非繼受帝舜之刑而變更之也。（無刑錄八卷）

第三說與第四說，孰可採乎？是頗難決定之問題，以愚之見，寧取第四說。蓋：

（1）就文辭上言，金作贖刑之一句，若認爲係對前三句爲宥恕刑方法之規定，實屬不妥，

蓋此句實爲獨立之一規定也。

（2）至就實質上言之，如（甲）爲五刑之宥恕刑，則與流刑衝突如前述。又如（乙）爲鞭朴之宥恕刑，官吏與學生因財產而免刑事上之處分，殊爲當時之思想所厭忌，則財產刑爲獨立之刑，可共信也。

（3）考諸罪刑權衡之點，亦可謂此說爲適當，蓋罪刑權衡之觀念，今日尙甚有勢力，與我國古代於此觀念之盛旺，初無稍異，無俟深論。鞭扑二刑，爲官府學校特別之刑罰；至對於普通犯罪之刑罰，不外五刑及其宥恕刑之流刑，故五刑及流刑，實共爲重大之刑罰，對於一切之犯罪，而無比較五刑流刑輕微之刑罰，則權衡罪刑，究不能達到圓滿之地步，故一國之刑罰，於五刑及流刑外，另有一獨立之輕刑，殆事勢之當然。觀於此點，五刑流刑以下之刑罰，於輕重之點最可伸縮者爲財產刑；故財產刑爲獨立之刑罰，要無疑義。

考罰金在近世各國法例中，有並用於主刑及從刑者，亦有僅用於從刑者。沒收亦然。我國現行律仿多數國法例，以罰金爲主刑，而以沒收爲從刑。古代法制亦其有類於是乎。

我國古代財產刑之性質，與羅馬及獨逸之古法，財產刑制度，其性質迥然不同，實堪注意。於羅馬王法時代之刑法，於獨逸中古時代之刑法，均已有財產刑制度，但彼專爲被害者強制賠償，實有私法的本質。而我國古代之罰金，由國家征收，不能絲毫付與被害者。管仲言贖金之用途曰：『美金以鑄戈劍，惡金以鑄斤斧。』（管子並見國語齊語）可爲佐證。果爾，實與近世財產刑性質相同。較之羅馬獨逸之古法，年代雖均遙遠，而實質我國爲獨優，寧非可誇之事！

財產刑既爲獨立之一刑，已如前述。其適用之場合如何，亦有數說。第一爲過失犯之刑，其情刑有二：（一）爲誤入於刑者，主此說者，爲孔安國。孔氏之言曰：

『誤而入刑，出金以贖罪。』（尚書舜典孔傳）

（二）意善而功惡者，即其行爲屬善意，而行爲之結果爲惡害，對於此種之刑罰。主此說者爲馬融。馬氏之言曰：

『意善功惡，使出金贖罪，坐不戒愼者。』（史記帝堯紀集解）

此說雖有一部分理由，然未免失之獨斷；蓋過失之適用，可入於『眚災肆赦』之條，不必適

用金贖，然則究何取乎？日儒盧東山之說曰：

「凡掌法者，臨時議事，以爲之制。」

一任法官之職權，法官於犯人之罪責，卽應處以五刑，流刑，及鞭扑，者，亦得適用此罰金刑。諸說之中，此說爲妥。

考現行律規定罰金之制有三：一曰獨立之罰金，卽分則各本條只科罰金，而不科自由刑者是也。二曰選擇之罰金，卽分則各本條處以徒刑，拘役，或罰金是也。三曰併科之罰金，卽分則各本條處以徒刑，拘役，及罰金是也。古代爲獨立之罰金，與夫選擇之罰金，據以上所述，無俟再滋詞費；惟有無併科之罰金，而文籍無徵，亦不可深考矣。

考現行律罰金以元爲單位。古代如何？孔安國尚書傳云：

「金，黃金。」

馬融云：

「金，黃金也。」（史記帝堯紀集解）

然非今日所謂之黃金。尚書呂刑云：『墨辟疑赦，其罰百鍰。』孔傳云：

『鍰，黃鐵也。』

然非今日所謂之鐵。蓋舜典傳之言黃金；呂刑傳之言黃鐵，實皆今日之銅。古人贖罪悉皆用銅，而傳或稱黃金或言黃鐵，謂銅爲金爲鐵，古之金銀銅鐵，總號爲金，別之爲四名耳。（尚書孔疏）爾雅釋器云：『黃金謂之璗，白金謂之銀。』是黃金白銀俱名金也。周禮考工記稱考金之工築氏爲削，冶氏爲殺矢，鳧氏爲鍾，㮚氏爲量，段氏爲鎛，桃氏爲劍，其所爲者有銅有鐵，俱名爲金，則鐵名亦包銅矣。則古代罰金悉皆用銅，更可無疑矣。

古代罰金用銅，既如前述。然若犯罪者時或無銅，則又將若何？曰罰貨，周禮秋官於此有明文規定，如：

『掌受士之金罰貨罰，入於司兵。』（職金）

職金爲掌金玉錫石丹青之戒令，與夫掌受財產刑所入之財物也。鄭注云：『貨，泉貝也；罰，罰贖也。』疏釋云：『云掌受士之金罰者，謂斷獄訟者有疑，即使出贖。既言金罰，又曰貨罰者，出罰之家，時

或無金，卽出貨以當金，且故兩言之』則罰金以銅爲原則，用貨爲例外。其理甚明，無待細解。

鄭注謂貨爲泉貝，漢書食貨志載天鳳元年罷大小錢，改作貨布，其文右曰貨，左曰布；重二十五銖，直貨泉二十五。貨泉亦王莽錢幣名。至若貝，古人早以爲貨幣，如書云：『貝乃貝玉，』後世定其價値之量大貝四寸八分以上，二枚爲一朋，直二百一十六。壯貝三寸六分以上，二枚爲一朋，直五十。幺貝二寸四分以上，二枚爲一朋，直三十。小貝一寸二分以上，二枚爲一朋，直十；不盈寸二分漏度，不得爲朋，卒枚直錢三，是爲貝貨五品。見漢書食貨志。是泉貝均屬古代之幣。

管子亦云：

『人君鑄錢立幣，民庶之通施也。』（國蓄篇）

則幣不得私造私鑄可知。別幣之種類曰：

『以珠玉爲上幣，以黃金爲中幣，以刀布爲下幣。』

珠玉，黃金，刀布，同屬國幣。故鄭氏解謂古代之罰金，以中幣銅爲原則，下幣（刀布）爲例外，蓋非無由。然以愚觀之，鄭氏於貨之解，毋乃囿於狹義？蓋周禮秋官之云『貨』實指凡物之可以易財

者而言，不專指幣一種已也。質言之，則凡物之可以易財者，如無銅時，皆可充罰金，或取贖之用。茲試舉其推證之例。如史記管晏列傳載。

『越石父賢，在縲紲中，晏子出，遭之塗，解左驂贖之。』

晏子春秋記之尤詳細，如：

『晏子之晉，至中牟，睹弊冠反裘，負芻息於塗側者，以爲君子也。使人問焉曰：「子何爲者也？」對曰：「我越石父者也。」晏子曰：「何爲至此？」曰：「吾爲人臣僕於中牟，見使將歸。」晏子曰：「何爲之僕？」對曰：「不免凍餓之切吾身，是以爲僕也。」晏子曰：「爲僕幾何？」對曰：「三年矣。」晏子曰：「可得贖乎？」對曰：「可。」遂解左驂以贈之，因載而與之俱歸。』(內篇雜上)

論者以爲石越父非罪犯，越父之主非官吏，晏子之贖解銷越石父爲僕之關係；若近世民法上銷滅雇傭之契約，非刑法上之贖刑可比。然愚以爲古代貨幣制度未臻完備，當時之社會往往以貨物互相交換以爲貿易，故贖僕不必用銅及貝幣之屬，而以驂贖。則凡物之可以易財者，均可以贖，可無疑義。周禮職金既於金屬之外，特設「貨」之規定，原所以爲無金者策安全之方法，使不至

抱向隅之憾。則其『貨』之規定，當然不限於泉貝之屬，實爲一切凡物之可以易財者之統稱。愚敢如此論斷，不知明達者以爲何如？

鮑叔牙既取管仲於魯，桓公親迎之郊，禮之於廟，而問爲政。管仲欲成桓公霸業，以齊國寡甲兵，而有輕重罪移甲兵之一策。管子云：

『夫齊國寡甲兵，吾欲輕重罪而移之於甲兵。公曰：「爲之奈何？」管子對曰：「制重罪入以兵甲犀脅二戟；輕罪入蘭盾鞈革二戟；小罪入以金鈞；分宥薄罪，入半鈞。無坐抑而訟獄者，正三禁之而不直，則入一束矢以罰之。美金以鑄矛戟，試諸狗馬；惡金以鑄斤斧鉏夷鋸欘，試諸木土。」』（小匡篇）

國語齊語亦載一則，與此略同，不更多引。是兵甲犀戟束矢之屬，均可作贖，不限制幣，實無可疑。管氏此策，實本周禮秋官司厲沒收罪犯所供之器物及贓物入於司兵之政策。考司兵屬夏官，專司兵器。漢司隸屬有兵曹從事吏，蓋有兵事則置之，以主兵事。北齊置兵曹軍爲郡之佐吏。唐制，在府曰兵曹參軍；在州曰司兵參軍，在縣曰司兵，掌軍防，烽候驛傳，送馬，門禁，田獵儀仗之事，宋廢，非本

文範圍，不爲詳引。

現行刑法第七章第四十九條之規定，罰金一元以上但因犯貪得至五分之一。依分則之規定，對於罰金之額數約有六級：（一）五千元，（二）三千元，（三）一千元，（四）五百元，（六）一百元是也。舜典金刑不載罰金之額數，呂刑罰鍰多寡有差，詳細規定。如鄭注云：

「六兩曰鍰。」

賈疏云：

「考工記云：戈矛重三鋝、馬融云：鋝量名當與呂刑鍰同。俗儒云鍰六兩多於孔王所說，惟校十六銖爾。」

據此，則：

（甲） 墨刑贖銅六百兩

（乙） 劓刑贖銅一千二百兩

（丙） 剕刑贖銅三千兩

（丁）　宮刑贖銅三千六百兩

（戊）　大辟贖銅六千兩

現行法罰金所明文規定者，最少額爲一圓，最多額五千圓，視犯罪情狀之輕重，各規定罰額之等差，與法官自由伸縮之餘地；例如第一百五十三條防害選舉之罪，規定五百圓以下之罰金。其間伸縮，一任法官之自由。呂刑既規定財產刑之條文有五千，自必詳細規程，以爲法官權衡罪刑，酌情處罰，有自由伸縮之餘地，可無深疑。以上所舉五刑易科罰金之規定，定必爲其最高之額；其最低額，究爲如何，文籍無徵，不得而考。

第二款　沒收

查刑法採沒收爲從刑之一種，而以第六十條嚴定其範圍，該條規定沒收之物，一違禁物，二供犯罪所用及犯罪預備之物，三因犯罪所得之物。所謂違禁物云者，指一切法令禁止私人自由製作或占有之物而言；所謂供犯罪所用之物云者，指犯人實施犯行時所使用之物而言；所謂因犯罪所得之物云者，指犯人因犯罪行爲以取得其所有權占有權之物而言。違禁物不問屬於犯

人與否切須沒收至若供犯罪所用及犯罪預備之物及因犯罪所得之物則犯人以外無有權利者爲限。刑法第六十二條定有明文。可謂洽於人情，合於法理。而在古代，則爲何如？

沒收之種類，別之有二：其一爲一般沒收，其二爲特定沒收。刑法所規定者，爲特定之沒收；一般沒收則古代之制度，近世文明諸國不認有此制矣。

考羅馬法，德意志及日本古法，皆用一般沒收，法蘭西古法亦然，至千八百十四年法蘭西憲法始除此制。我國古代用一般沒收之制，與各國古法從同。

凡犯重大之罪者，不僅沒收其財產全部，其妻女亦沒入官爲奴。日本謂之闕所，卽我國古代籍沒之制也。按舜典云：『罰不及嗣，』則舜時及舜以前無此制度，可無容疑。至周代始詳細規定其制，抑濫觴於夏桀之以罪人駕車乎？抑或夏桀或殷紂之世、已有此制歟？文籍無徵，不得深考。茲就周制之所明文規定者述之：

周禮秋官司厲云：

『其奴男子入於罪隸，女子入於舂稿。』

鄭司農云：『坐爲盜賊而爲奴者，輸於罪隸，舂人稿人之官也。』故有管理奴隸之官，奴隸之供役如何？留於自由刑章述之，不先贅。司農謂坐盜賊係犯罪狹義而言，蓋入籍沒凡犯重大之罪均加此刑，不僅盜賊爲然。籍沒之制，固爲文明國所禁止，而在周代亦已有限制之規定。周禮秋官司厲云。

『凡有爵者，與七十者，與未齔者，皆不爲奴。』

鄭注：『有爵謂命士以上也，齔毀齒也，男八歲，女七歲而毀齒。』疏釋云：『有爵謂命士以上也者，見典命公侯伯之士皆一命，天子之士皆三命，以下可知。』可見有爵者與夫七十及未齔者，均得免受籍沒之刑；七十者既不爲奴，則七十以上者亦不爲奴，可無疑義。

籍沒之制，遞遺春秋，至秦大熾。留於能力刑章中述之，茲不先贅。

考周禮秋官有掌沒收之官吏，其名爲司厲，其屬十三人，秋官序官云：

『司厲下士二人，史一人，徒十有二人。』

司厲云：

『司厲掌盜賊之任器，貨賄，辨其物皆有數量，賈而揭之，入於司兵。』

鄭注：『任器貨賄謂盜賊所用傷人兵器，及所盜財物也。入於司兵若今時傷殺人所用兵器，盜賊贓加責沒入縣官。』賈疏：『云入於司兵者，其任器多是金刃，所盜財貨雖非金刃，以其賊物亦入司兵，給兵刃之用，故並入司兵也。先鄭云：若今時傷殺人所用兵器，盜賊贓加責沒入縣官者，其加責者，卽今時倍贓者也。』則盜賊之任器部分，適合於刑法第六十條第二款之情形；其貨賄部分，適合於刑法第六十條第三款之情形，夫豈有間。

細繹秋官司厲『辨其物，皆有數量，賈而揭之入於司兵。』一語，確斷周禮注疏之謂『加責』係屬鄭賈二氏之推謬。蓋周禮既云辨其物，則凡非供犯罪所用及預備之物，與非因犯罪所得之物，不爲沒收，從可知矣。則『加責』制度，非周制可知。故周禮之規定，與近世法理實脗合。

雖然，在事實上古代果否爲特定沒收乎？則未敢確斷也。古代籍沒之制，不僅財產，沒人妻孥，前已言之。則沒收財產不必以供犯罪所用及預備之物，與夫因犯罪所得之物爲限，定可推測而知。故列子曰：

『罪沒其先居之財。』（天瑞篇）則財物之沒收，不必因犯罪所得之物也。現行例於應行沒收之物，除有特別規定者外，以因犯罪所得之原物並經搜獲者爲限。大理院七年上字六〇一號判例於此定有明文。列子對於沒收，不因犯罪所得之物；有所訾議，實與近世法理適合。

第四節　名譽刑

名譽刑者，剝奪名譽之刑罰也。此種刑罰，似與能力刑相類似，而實則不同。現行刑法規定能力刑而無名譽刑；蓋刑法採改善主義，於犯罪人之名譽非惟認爲無剝奪之理由，且反以養成名譽心爲得策。故下節所述之能力刑，其科刑之結果，不過喪失或限制享有公權之資格與名譽問題，並無直接影響。此二者根本上不同之點，吾人所宜先加之注意也。

我國古代亦有名譽刑，爲皋陶所制，路史後紀陶唐氏紀云：

『是故明法察令，單均刑法，非汔於威，惟汔於富，象刑以儀之，而民亡犯，畫衣冠異章服之戮，故人可殺不可辱，上刑赭衣不純，中加雜，下則墨幪，以居州里。故民有恥而與禮。宥過忘大、刑

故無小、以人而戒而禮義興，禮義興而民亡爭，而治達矣。」

則名譽刑之執行，係異衣服而示恥辱之刑也。書經及史記五帝本紀雖無此種記載。以愚觀之，古代似確有此種刑罰，茲臚舉各書記載，以資佐證。

孝經緯云：

「五帝畫象，三王肉刑。」

史記孝文帝本紀云：

「有虞氏之時，畫衣冠，異章服以爲僇，而民鮮犯。」（十三年之詔）

漢書刑法志亦有同樣之記載。武帝亦有

「唐虞畫象，而民鮮犯。」

之詔詞，見史記武帝本紀。而尚書大傳亦詳記畫象之制云

「唐虞之象刑，犯墨者蒙帛；犯劓者其衣赭；犯臏者以墨幪畫之臏處；犯大辟者布衣領。」

是則罪犯應處墨刑者蒙帛；劓者赭衣；臏者以墨幪畫之臏處；死刑者襟領。蒙帛等於墨刑；赭衣等

於劓刑；墨幪於臏等於臏刑；則身體刑生命刑均可不用。故後世之稱論者，動曰五帝畫象，三王肉刑。痛肉刑之殘酷，而美畫象之文明。然自刑事政策上推論之，古代之有名譽刑，似無可疑，而尚書大傳之所舉，則未敢深信。蓋若果如尚書大傳所指，在古代實行此制，則在唐虞之時，身體刑，生命刑，自由刑，又焉能截然定制，而亦無用其制矣。故謂名譽刑爲古代最輕之刑罰則可；若異其章服則與身體刑、生命刑、同類齊觀，實未之敢信也。或謂古代有象刑無身體刑，其言尤無稽，荀子於此頗有議論，於身體刑章中言之，茲不先贅。

名譽刑非僅唐虞時代行之，至周代仍有此種刑罰。慎子且別名譽刑與身體刑之名稱，如：

『斬人肢體入肌膚，謂之刑；畫衣冠，異章服，謂之戮。』（慎子佚文）

名譽刑且不惟周代有之，戰國之秦，亦有此制，如商君書云：

『刑人無國位，戮人無官任，』（算地篇）

若依照慎子之解釋，則刑人爲被處身體刑者；戮人係被處名譽刑者，可無疑義。

泛言之，則凡被處刑罰者，其名譽曷嘗不受剝奪？然此爲事實上問題，法律上不能如此解釋。

近人有謂褫刑爲古代之名譽刑，愚謂褫刑雖與名譽刑極類似，而刻畫筋肉，實爲一種身體刑也。

第五節　能力刑

能力刑者何？即國家褫奪犯罪人之公權之謂也。現行法規定於第四十九條。至於褫奪公權之範圍，則規定於第五十六條，條款有五：爲公務員之資格一也；依法律所定之中央及地方選舉人及被選人之資格二也，入軍籍之資格三也；爲官立公立學校職員教員之資格四也；爲律師之資格六也。其所以設此規定者，蓋以各款所列之公權，或關係國家之威信；或屬於人格之純節問題，如以刑人而同時享有各種公權，是與國家社會尊重公權之本旨，不免抵觸。故本條分別列舉，明文規定。惟褫奪之方法，有終身褫奪與一定期間內褫奪之區別。終身褫奪公權者，大抵屬於重大之喪失廉恥罪。其於一定期間褫奪公權者，其褫奪之範圍，或其期間之長短問題，全屬於執法者之自由裁量。

現行法規定褫奪公權，分有期無期二種之規定者，雖得於一定期間內宣告褫奪公權全部或一部也；第五十七條之規定以一年以上十五年以下爲限宣告死刑或無期徒刑者，其褫奪公

權爲無期宣告十年以上有期徒刑者爲無期或有期。宣告六月未滿有期徒刑者其褫奪公權不得逾十年。至第五十八條之規定，宣告六月未滿有期徒刑拘役或罰金者，不得褫奪公權因過失犯罪者亦同。蓋皆保護犯罪人之利益，與夫罪刑平允之主旨、又吾人不可不知也。

現在之法制既如上述，古代爲何如？古代蓋亦有能力刑，考之如左：

奴隸制度，起原甚古。易旅卦云：『喪其童僕，』『得其童僕，』小畜卦云：『畜臣妾吉，』書微子云：『我罔爲臣僕，』費誓云『臣妾逋逃』易書兩經之載奴隸已如此，而春秋楚芋尹無宇之言，更爲奇異，其言曰：『天有十日人有十等。……王臣公、公臣大夫，大夫臣士，士臣皁，皁臣輿，輿臣隸，隸臣僚，僚臣僕，僕臣臺。』（左傳昭公十年）則古代階級之複雜，可想而知。考奴隸之原因，不外罪罰及俘虜二種，留于自由刑章中言之，於此不先贅。

夫奴隸者在古代觀念，其身分較一般平民又下一等。法律上規定有一定之勞役，他如較優異之職業，均不能享受，遑論官位？

故貴族與平民之降在奴隸，則爲一種法律上能力刑之執行，諒無疑義。古代之貴族降至奴

隸者，必不勝指數，茲引左傳一則，以爲佐證。

『欒，郤，胥，原，狐，續，慶，伯，降在皁隸。』（昭公三年）

晏子春秋內篇亦有同樣記載。現行法能力刑執行之期間長短，或全部或一部，一任執法官就犯罪性質及犯人性格或其他各方面之情形，以爲斟酌裁量之標準。法律除少數規定外，不更詳細縷舉。古代之降在奴隸者，有無復權之事實，書禮無明文規定，惟左傳襄公二十三年載：

『初斐豹隸也，著於丹書。欒氏之力臣曰督戎，國人懼之。斐豹謂宣子曰：「苟焚丹書，我殺督戎。」宣子喜曰：「而殺之，所不請於君，焚丹書者有如日。」』

丹書者，罪狀之書也，若焚丹書即可儕於齊民，故奴隸之可撤銷回復，實無可疑。稽覽商君書，於古代之能力刑，更得一極有力之佐證，商子云：

『刑人無國位，戮人無官任。』（算地篇）

此其法制與刑法第六十條之規定者，又豈有間耶？惟新刑法無名譽刑之規定；而在古代被執行名譽刑者並得褫奪公權，如『戮人無官任』是也。

古代褫奪公權之主旨奚在耶？商子曰：

『刑人有列，則君子下其位，衣錦食肉，則小人冀其利。君子下其位則羞功，小人冀其利則伐姦。故刑戮者所以止姦也而官爵者所以勸功也；今國立爵而民羞之，設刑而民樂之，此蓋法術之患也。』（算地篇）

其言頗有合近世法理，蓋鄙賤刑人之觀念，古今相同。禮記亦載一則，如：

『是故公家不畜刑人，大夫弗養，士遇之塗，弗與言也。屏之四方，唯其所之，不及政，示弗故生也。』（王制）

第六節　自由刑

第一款　總說

自由刑云者，卽國家制裁犯罪剝奪私人自由之謂也。刑罰爲制裁壞亂社會法紀者之行爲。行爲之結果，有輕重之別，故刑罰亦不可不適應此輕重之等差。是刑罰之施，必須具有伸縮之能力明矣。生命刑一經執行，便無回復，無可伸縮，不待贅言。身體刑雖有等級爲伸縮，然人之身體強

弱不同，體健者雖宮無害，體弱者或刖而死。財產刑最可伸縮，然富者卽罰以多金，彼亦不覺其痛苦，貧者財物惟艱，望梅何闕止渴。惟自由刑自三日以至終身，（此就周制而言）其伸縮之力極大，在晚世刑罰，特趨重此端。在先秦思想，亦包羅而無遺漏，於第二款述之。

第二款　自由刑之種類

自由刑之爲類甚繁，有流、竄、放、逐、遷、謫、監禁，拘役諸種；自時期之久暫言，有無期自由刑，有期自由刑之分；自定役之有無言，又有無役自由刑，與有役自由刑之別，此現代規制也。在先秦時代對於各項，包羅盡有。分項述之。

第一項　流刑

流刑之制，起源亦古，爲帝舜所創。帝舜之言曰：

『流宥五刑』（尙書舜典）

是以流刑爲減輕宥恕五刑之意。五刑固於帝舜以前，旣有存在，唯此時以流刑爲五刑之宥恕減輕之刑，實爲新規定。

或以爲『流宥五刑』之語，作以流刑改換五刑解，卽以五刑殘酷太甚，特謀寬宥之途，全廢五刑易以流刑，此說亦不無可取，王鍵（刑書釋名）丁謐（文獻通考一六二卷）等均主此說。雖然，多數學者皆排斥之。如朱子謂若以五刑殘酷，而全廢止之，是帝舜憐殺傷淫盜之凶賊，不憐被凶賊殺傷侵犯之良民。聖人之心，果如是乎？（書傳輯錄纂註）朱氏之說確有理由，對諸舜典，『流刑五刑』句後之「五刑有服」之文，實五刑不廢之明證。孔子答冉有之語云：三王五帝制五刑，用之以治世。（家語五刑解）亦足爲證，是當時五刑依然存在。犯罪人有合於宥恕之條件者，則易科流刑，當無疑義。

雖然，衡諸事實，流刑之適用，不必限於宥恕之範圍，實一種次於死刑之重刑也。如帝舜以帝鴻氏有不才子，掩義隱賊，好行凶慝；少皋氏有不才子，毀信惡忠，崇邪惡言；顓頊氏有不才子，不可教訓，不知話言；縉雲氏有不才子，貪於飲食，冒於貨賄。乃

『流四凶族，遷於四裔，以御魑魅。』（史記五帝本紀）

不與同原來之社會，與處置死刑不與共生存者，雖輕重有殊，而意旨實無二致；故流刑爲次於死

刑之刑罰，良無可疑。「流四凶族」實爲後世流族之始，族流之刑，較流罪犯己身而重，自不待言，故國語周語有「余一人其流於裔土，何辭之有。」之語也。

帝舜時之流刑，既如前述矣。然此刑罰之名稱，實有不免其疑義者；蓋依『流刑』之文字意義解之，流刑可作爲流水之刑，而將犯罪人流之於水。其爲一種刑罰，世界法制史上實不乏其例。如巴比倫法典流犯人於由富蘭知斯河，其他如印度流諸額基斯河，羅馬流諸太伊拔河，皆是也。玆想此等之類例，而觀流刑之字面，我國或於帝舜以前，亦有此種刑罰，爾後，感其殘忍，一變爲追放之刑，而仍襲用其名稱。雖然，帝舜以前果否流犯人於水，典籍無徵，姑存缺疑，以俟淹博君子之考證焉。

流刑之名稱甚繁，有放，遷、竄、謫、逐、屏諸種，考之如左：

放

書曰：

『放驩兜於崇山。』（舜典）

是爲放刑見於書傳之始。而竹書紀年云：

『五十八年，使后稷放帝子朱於丹水』（帝堯）則放刑係陶唐氏所創。至殷相伊尹行之於君，竹書紀年云：『十一年放王季子武，觀于西河，』（帝啓）史記云：『帝太甲既立，三年不明。暴虐不遵湯法，亂德，於是伊尹放之於桐宮』（殷本紀）通鑑輯覽註云：桐湯葬地。元和志云：聞喜縣桐鄉，故域在縣西南，舊以爲伊尹放太甲之所，綱鑑註桐湯墓所在山西平陽府曲沃縣。書經曰：

『太甲既立不明，伊尹放諸桐，』（太甲上）

商書孔疏云：湯葬地，不知朝政，故曰放，孔穎達云：經稱營於桐宮，密邇先王，知桐是湯葬地，舜放四凶徒之遠裔，春秋其大夫流之他境，嫌此亦然，故辨之不知朝政。故曰放。使之遠離國都、往居墓側，與彼放逐事，故亦稱放也。乃所以放先王之墓側，使之密邇先王，興起其善心，蓋與帝舜之放驩兜不同。按書經孔註云，崇山南裔，是放刑執行之場所，於邊土可知，春秋時放之執行場所主外

國、如左傳云。

「晉放其大夫胥甲父于衛。」（宣公元年）

遷　史記五帝本紀云：

「遷三苗於三危」是爲遷刑見於記載之始，書經孔註云：三危西裔，史記集解「馬融曰，三危西裔也。」是爲遷刑場所於邊土之始，後世追不盡然，竹書紀年云，

「遷殷民於衛，」（成王三年）　史記始皇本紀云：

「及其舍人輕者爲鬼薪，及奪爵，遷蜀四千余家，家房陵。」（九年）括地志云「房陵即今房州房陵縣」漢書地理志云：「房陵縣屬漢中郡，在益州部，接東南一千三百一十里。」

又云：

「文信侯不韋氏竊葬其舍人，……秦人六百石以上奪爵遷，五百石以下，不臨、遷勿奪爵。」

（十二年）張守節正義云：「若是秦人哭臨者，奪其官爵，遷移於房陵；不哭臨不韋者，不奪官爵，亦遷移於房陵，故知秦始之遷謫官吏之場所均於房陵，但仍有復其遷者，

『秋，復嫪毒舍人遷蜀者。』（始皇本紀十二年）

遷徙有至三萬家者，

『於是始皇卜之，卦得游徙吉，遷北河榆中三萬家。』（三十六年）

竄

書經云：

『竄三苗於三危，』（舜典）是爲竄刑見於記載之始。周語有

『不宙自竄於戎翟之間，』係是遠逃，非刑罰上之所謂竄。

謫

史記始皇本紀云：

『徙謫實之初縣』（三十三年）爲謫刑見於記載之始，及漢有七科謫，亦淵源於嬴秦，又始皇本紀云：

『使天下知之以懲後，益發謫徙邊。』（三十五年）集解「徙於北河榆中」

春秋戰國時多不曰流放，而曰逐，逐出國境，任其生死也。

逐

史記管仲傳云：『三任三見逐。』

國策楚策云：『楚王逐張儀於魏。』

趙策『孔子賢人也，而逐於魯。』

史記秦始皇本紀云：『大索逐客，李斯上書，乃止逐客令。』（十年）

史記李斯傳云『非秦者去，爲客者逐。』

各書類此語者甚多，不勝枚舉。

蔡沈謂竄，放，流、遷、四者皆誅，則何取乎流宥五刑之旨，實未敢信。孔穎達云：「釋言之殛，誅也。傳稱流四凶族，皆是流。流者移其居處，若水流然。罪之正名，故先言也。放者使之自活；竄者投棄之名；殛者誅責之稱；俱是流徙，異其文述作之體。」孔解尙屬允當，以愚觀之，舜分流，放，竄，殛四種者，以遠近而異其名稱焉耳。此外尙有屏之名稱。

屏　禮記曰：

『屏之四方，唯其所之。』（王制）

孔穎達註「屏猶放去也。謂已施刑，暴故放逐棄去，使觸四方，量其刑之輕重，合所適之處而居之。」

是屏之爲義可知也。

流刑在我國行之最久，竄居邊境，敎化無與。然南朔東西，皆屬中國土地，與之相接者皆中國之人民也，驅本地之犯人，以委禍於邊境，揆諸法理容有當乎？故前暫行刑律，毅然去之，實屬良是。現行刑法亦不採其制。

第二項　徒刑

徒刑分有期無期二種：有期徒刑者，剝奪犯人一定期間內之自由之刑也；無期徒刑者，剝奪犯人終身之自由之刑也；或宣告以終身，或宣告以確定之期限；又或上下於最長期，最短期之間，而宣告之；此期限之範圍，可分爲多種階級，由罪犯如何，而適應其輕重；換言之，則可省察各個人之犯情，而科以相當之刑罰也。臚舉如左：

第一目　無期徒刑

無期徒刑者，剝奪犯人終身之自由之刑罰也。其性質雖較死刑爲輕，其效力實無異於死，蓋人之一生，不能自由，前途之希望既斬，生人之樂趣亦絕，學者有目爲遲緩之死刑，有以也。且有謂

死刑不過一時之痛苦，無期徒刑永墮悲慘之地獄，終身不得自由，精神上痛苦，至爲永久，斯刑之重，實甚於死刑，故近世如葡萄牙，墨西哥，委內瑞拉，烏魯魁愛，加脫等國，均已廢止斯刑。雖然人有凶惡次於死刑者，必處以無期徒刑以防其再犯；並可察其在獄中之品性，果能悔悟自新，湔濯前愆，則在一定條件之下（見刑法十三章假釋）仍許有出獄之例外。法理與政策並施，於無期中隱寓有期之意，蓋深欲引人遷善，冀國家多一良民，是爲立法之精神，故各國如上舉數國之外，大都仍而不廢，刑法亦然，規定於第四十九條。古代如何乎？

我國古代亦有無期徒刑，且其制度與近世法理，亦相脗合。周禮秋官大司寇云：

「凡害人者寘之圜土，……其能改者，反於中國。」

鄭註：「反於中國謂舍之還於故鄉里也。」換言之，其不能改者，處無期徒刑，終身監禁；囚之圜土，以與社會隔絕，不啻與流之裔土不同於中國同一意義。所差異者，流放是驅逐內地不容之犯以之委禍於他境，目的在絕對摒棄；監禁是拘束罪人之身體，目的在相對的感化，罪犯有輕重，處罰斯各有不同也。

第二目　有期徒刑

徒刑以期限之長短，定其等差者，是曰有期徒刑，爲自由刑最廣之範圍，審判上尤有活動之地步。惟長期短期之限度，各國制度各有不同，以最長期而論，則如白來齊，及烏魯魁刑法規定三十年之久；如加拿大則僅七年爲限；洪條拉司以十年爲限；而最短期愈不一致。刑法綜酌各國法制，於最長期以十五年爲度，堪（第四十九條）稱至當；於最短期則以二月爲度，以與拘役之長期銜接。而於此十五年以下，二月以上，總括之法定範圍內，前暫行刑律又分列爲五等，如第三十七條之規定，舉之如左：

有期徒刑

一	一等有期徒刑	十五年以下十年以上
二	二等有期徒刑	十年未滿五年以上
三	三等有期徒刑	五年未滿三年以上
四	四等有期徒刑	三年未滿一年以上

五　五等有期徒刑　一年未滿二月以上

犯罪情狀萬殊，裁判之標準莫定，必須揆損害之程度，酌善惡之性質，故暫行律特設上下之限，原期應用曲當，釐然不爽。惟科刑必以此五等繩之，實際上殊有未協。故新刑法不設等列，分則中關於刑期之規定概明定月，而以若干分之幾爲加減，旣無定刑失當之虞，並免加減相懸之失。

周官定徒刑年限，是爲有期自由刑之始，周以前，典籍不載。殷紂囚西伯於羑里七年，羑里殷獄名也，已倍周制上罪監禁之期限，故自玄帝迄殷末，其間之獄囚監禁，一任君主意思，殆無期限可言，而先秦時代除周制外，無論春秋與戰國，均無可考。茲將周代之有期徒刑考之如左：

甲　監禁

周禮秋官司圜云：

『能改者，上罪三年而舍，中罪二年而舍，下罪一年而舍』

故知古代之有期徒刑有三等，如：

一等有期徒刑三年

二等有期徒刑二年

三等有期徒刑一年

乙　拘役

拘役爲自由刑之最短者，性質本無異於有期徒刑，而必別爲拘役者，蓋爲對最輕之犯罪者，予以最短之拘役，不使與受法刑之人視同一律也。刑法規定於第四十九條，其期間爲二月未滿一日以上，日本刑法十六條規定則一日以上三十日以下。我國古代亦有拘役之刑，如：

周禮秋官大司寇云：

『桎梏而坐諸嘉石，……重罪，旬有三日坐，……其次九日坐，……其次七日坐，……其次五日坐，……其下罪三日坐。』

據此、可知古代拘役之刑，可分爲五等，最輕三日，最重十三日，其間等級，如右舉，不更多贅。

查國民政府公布之違警罰法第十三條，規定拘留十五日以下一日以上，援諸嘉石規定之日期，則嘉石之刑，又似違警罰法之拘留也。

第三項　懲役刑

現今各國之立法例，往往以無定役自由刑，與有定役自由刑並行；例如日本刑罰，均設懲役刑，禁錮刑之分。其立法理由不外以勞役爲苛待犯罪人之方法，故以定役之有無，以爲輕重之階級，凡無役自由刑，大抵適用於惡性輕微，或不喪失廉恥之犯罪，以昭罪刑之平。而刑法依據暫行律不採其制，暫行律原案舉其理由蓋有四端；拘置人於監獄，動經歲月，若不加以勞動，非優待實痛楚之耳，一也。各國爲無定役刑辯護者，恆謂囚人身體，不勝定役，果係屬實，監獄規則，可以特定免役之例，若使一切盡處以無定役刑，在刑法實非所宜，二也。勞動與人之身分地位，固不盡相宜，然既經犯罪則應以罪爲其刑之標準，不應再顧其人之身分及地位，況以勞動爲賤民之卑業，則社會之託業於勞動者又將何說？三也。監獄之繁用浩繁，無非支撥於國帑，實則仰賴國民之供給，課囚徒以勞動，可以減少良民之擔負，四也。自由刑以感化爲目的，對犯罪人不能養成社會上獨立生活之能力，則出獄以後，不能謀生，仍蹈刑網，將何貫澈感善之本旨乎？故定役之所必需其理至顯。近來外國倡議廢止無定役刑者日甚。刑法察刑事政策之趨勢，不問自由刑期間之長短，皆

一律予以法定勞務。惟拘役刑之囚人，以其期間過短，有時得免除而已。

我國古代圜土之有勞役，與刑法規定相同，無論矣。而其他不屬於監獄內之勞役者，實繁有徒。如司空，城旦鬼薪屬於無定期者更繁。揆其制度與今日之徒刑實不同；與外制之懲役刑，殊屬惟肖。故另草此項，先究述當時懲役刑之主義，而後分有期無期二目，一究考焉。

一奴辱主義　由犯罪者一人之關係，籍沒其子女並爲奴，苛以苦役，「如隸人涅廁」「役國中之辱事」「牛助爲牽徬」其作業毫無關於生產，則確認其人格大減等役以瑣賤，用視奴辱之意。

二經濟主義　坐嘉石後役諸司空，「蓋因司空之職，不可廢也。」（周禮鄭註）鬼薪所以採給燃料；城旦所以築城守邊；四隸所以蓄牧守禦；均因各種經濟上之進行，利用刑人爲工作。

三勞動主義　周官大司寇以圜士聚教罷民。鄭註曰：「不愍作勞，有似於罷」說文「罷，疲也。」「寘之圜土而施職事。」要在使罪囚養成勞動習慣，能勝職事，習爲勤勉，俾爲良民，謀生有道，再犯無虞。與奴辱主義既不同，與經濟主義又異趣；奴辱之目的在賤視；經濟之目的在生產；輸邊

之目的在殖民；此則目的在改良罪囚之性質以求刑罰事期之減少，與現今法理相同。

第一目　有期懲役自由刑

甲　於監獄中執行者

周禮秋官大司寇云：

『以圜土聚教罷民，凡害人者，寘之圜土，而施職事焉。』

秋官司圜云：

『凡害人者……任之以事，而收教之：上罪三年而舍，中罪二年而舍。下罪一年而舍。』

故圜土懲役年期分三等。

一等有期懲役刑三年

二等有期懲役刑二年

三等有期懲役刑一年

乙　由司空執行者

經拘役刑期滿，執行懲役刑者，如周禮秋官大司寇云：

「桎梏而坐諸嘉石，役諸司空。」

鄭康成註云「役諸司空，坐日訖，使給百工之役。」是勞役刑在拘禁刑後執行可知也。勞役時期之久暫，以罪犯之輕重爲衡，規定如左：

秋官大司寇云：

『重罪：…朞役，其次：…九月役，其次：…七月役，其次：…五月役。其下罪：…三月役』

故知周制司空之懲役刑期有五等，如左：

一等有期懲役刑一年

二等有期懲役刑九月

三等有期懲役刑七月

四等有期懲役刑五月

五等有期懲役刑三月

顧於此所當研究者，有期懲役自由刑，勞役何種工作耶？寘圜土者，僅施職事一混統名詞，究何工作，不得而知，惟坐嘉石後，明定『役諸司空，』司空掌邦事，冬官也。篇亡，漢河間獻王得考工記，可備大數，按考工記列官，舉之如左：

周禮考工記云：『鍾氏染羽。』『㡛氏湅絲。』『玉人之事鎮圭。』『磬氏爲磬』『矢人爲矢』『陶人爲甗。』『旊人爲簋，』『梓人爲筍虡。』『廬人爲廬器。』『匠人爲溝洫。』『車人爲車』『弓人爲弓。』

周禮謂『役諸司空，』則勞役之工作，如金工，木工，竹工，染工，畫工，泥工等項均無一而不備。我國今日徒囚勞役制度，尚屬幼稚，以視周官「役諸司空」之制，遜乎遠矣。

丙　城旦　有期懲役刑四年、

史記始皇本紀云：

『天下敢有藏詩書百家語者，悉詣守尉雜燒之。……令下三十日不燒，黥爲城旦。』（三十四年）如淳註云「律說論決爲見鉗，輸邊築長城，晝日伺寇虜，夜暮築長城，城旦，四歲也。」

丁　鬼薪　有期懲役刑三年，

史記始皇本紀云：

『及其舍人，輕者爲鬼薪。』（九年）應劭註：「取薪給宗廟爲鬼薪也。」如淳註：「律說，鬼薪作三歲。」張守節註「言毒舍人，罪重者已刑戮，輕者罰徒役三歲。」

第二目　無期懲役自由刑

無期懲役自由刑，在古代計有二種，述之如左：

甲　奴隸　奴隸亦爲懲役刑之一種，奴隸之原因，有二種：

一、罪罰　有罪之家從坐則沒爲奴隸也。周禮秋官司刑云：

『坐爲盜賊者其孥，男子入於罪隸，女子入於舂槀。』周禮秋官罪隸云：

『罪隸百有二人』鄭鍔註：「乃以百二十六爲率，蓋官拘而用者，以此數爲率耳。」史記始皇本紀云：

『自今以來，操國事不道，如嫪毒不韋者，籍其門，視此。』（十二年）司馬貞註：「謂籍沒其一

門，皆爲徒隸，後與視此爲常。」

二俘虜　書載舜勖皋陶云：『蠻夷猾夏，汝作士，五刑有服。』（舜典）故當時以四刑服黎庶，以大刑甲兵服蠻夷。殷本紀云：『湯自把鉞，以伐昆吾。』又云：『夏師敗績，湯遂伐三嵕，俘厥寶女。』周本紀云：『乃赦西伯，賜之弓矢斧鉞，使西伯得征伐。』此外征伐外族，尤不勝枚舉，征伐卽肇戰爭。戰爭結果，俘虜往往有殺之者，然殺之徒增殘忍，不如蓄之，可供驅使，此俘虜之所以同爲罪隸也。奴隸之類有五，定管轄奴隸之官如：

『司隸掌五隸之法，辨其物，而掌其政令。』（秋官司隸）鄭鍔註：「辠隸之別有五，曰罪，閩、蠻、夷、貉也。除罪隸之外，四夷皆夷翟之人，故又謂之四隸。」

奴隸之職役如何？有以下諸種：

一捕盜賊　秋官司隸『帥其民而捕盜賊。』　鄭康成註：「民五隸之民。」鄭鍔註：「盜竊之徒，有作而力不能捕，則合其民以共捕之。」王昭禹註：「未獲者，則司隸帥民捕之。」

二守衞　司隸『掌帥四翟之隸，使之各服其邦之服，執其邦之兵，守王宮與野舍之厲禁。』

罪隸『其守王宮，與其厲禁者，如蠻隸之事。』

蠻隸『其在王宮者執其國之兵，以守王宮，在野外則守厲禁。』

夷隸『其守王宮者，與其守厲禁者，如蠻隸之事。』

貉隸『其守王宮者與其守厲禁，如蠻隸之事。』

三看守　秋官司隸云「帥其民，……凡囚執人之事，』李嘉會云：「囚執人之事，若今牢城之兵。」

四苦役　秋官司隸『云帥其民，……役國中之辱事，爲百官積任器、……邦有祭祀賓客，喪紀之事，則役其煩辱之事。』

罪隸『掌役百官府與凡有守者，掌使令之小事，』鄭康成註：「役給其小役，」王安石註：「雖充百官府與有守者之役，亦「掌使令之小事而已。」

禮記士喪禮云：『隸人涅廁』又

秋官罪隸『凡封國若家，牛助爲牽徬，』鄭衆註：「凡封國若家，謂建諸侯立大夫家也。牛助

爲牽傍，此官主爲送致之也。

王應電云：「所謂煩辱之事，此類是也。」

閩隸『掌子則取隸焉』杜子春云：「子當爲祀，」鄭康成云：「掌子者，王立世子，置臣使掌其家事，而以閩隸役之。」「此經句雖不盡可解，而閩隸除掌役蓄養馬外，更有他職，則可知也。

五蓄牧　周禮秋官云：

蠻隸『掌役校人養馬。』

閩隸『掌役蓄養馬，而阜蕃教擾之。』

夷隸『掌役物人養牛馬而鳥言。』

貉隸『掌役服不氏而養獸，而教擾之，掌與獸言。』

以上所舉，均屬男子，至若女子之沒爲奴者，其職役如何？見於地官舂人「舂人掌共米物，祭祀共其齍盛之米，賓客共其牢禮之米，凡饗食共其食米，掌凡米事」槀人『掌共外內朝宂食者之食，若饗耆老孤子士庶子共其食，掌豢祭祀之犬，』司刑謂『女子入於舂槀，』觀此，

則亦苦役之類也。

按羅馬法奴隸之種類有三(1)曰公共奴隸，(2)曰私人奴隸，(4)曰無主奴隸。無主奴隸爲被放棄之奴隸；私人奴隸爲一家之所蓄；公共奴隸卽充官署之使役者是也。周官之奴隸屬之。

乙　肉刑執行後，苟以無期之職務近同奴隸之勞役者，其類有五：

一　守門　周禮秋官掌戮『墨者使守門。』守門之職務如何？見於地官司門云：『司門掌授管鍵，以啓閉國門，幾出入不物者，正其貨賄，凡財物犯禁者舉之；以其財養死政之老與其孤，祭祀之牛牲繫焉，監門養之。凡歲時之門受其餘，凡四方之賓客造焉以告。』

二　守關　秋官掌戮『劓者使守關。』守關之職務如何？見於地官司關云：『司關掌國貨之節，以聯門市，司貨賄之出入者，掌其治禁，與其征廛。凡貨不出於關者，舉其貨，罰其人。凡所達貨賄者，則以節傳出之。國凶札則無關門之征，猶幾。凡四方之賓客敂關，則爲之告；有外內之送令，則以節傳出內之。』

三　守內　秋官掌戮云：『宮者使守內。』守內之職務如何？見諸天官宮人『宮人掌王之六寢之脩，爲其井匽除其不蠲，去其惡臭，共王之沐浴，凡寢中之事，掃除執燭共鑪炭，凡勞事四方之舍事，亦如之。』閽人『掌守王宮之中門之禁，喪服凶器不入宮，潛服賊器不入宮，奇服怪民不入宮，凡內人公器賓客、無帥則幾其出入，以時啓閉，凡外內命夫命婦出入則爲之闢，掌掃門庭，大祭祀喪紀之事設門燎蹕宮門廟門凡賓客亦如之。』寺人『寺人掌王之內人，及女宮之戒令，相道其出入之事而糾之。若有喪紀賓客祭祀之事，則帥女宮而致於有司，佐世婦治禮事掌內人之禁令、凡內人弔臨於外，則帥而往立於其前，而詔相之。』內豎『內豎掌內外之通令、凡小事若有祭祀賓客喪紀之事，則爲內人蹕，王后之喪遷於宮中則前蹕，及葬、執褻器以從遣車。』

四　守囿　秋官掌戮『刖者使守囿。』守囿之職務如何？見於地官囿人。『囿人掌囿游之獸，禁牧百獸，祭祀喪紀賓客，共其生獸死獸之物。』

五　守積　秋官掌戮『髡者使守積。』守積之職務如何？見諸地官倉人，『倉人掌粟入之

藏，辨九穀之物，以待邦用，若穀不足，則止餘法用有餘則藏之，以待凶而頒之，凡國之大事，共道路之穀，積食飲之具。』

古代之懲役刑既如前述矣。茲尚有述者則囚徒居監，能否自由工作一問題。史稱西伯羑里被囚而演周易，則當時囚徒作役不加限制，蛛絲馬跡，線索可尋。周官明定各種勞役，條分縷析，可謂無遺，而除定役之外，能否自由作役，經籍雖無明文，而古代要無如此嚴厲綿密之限制，則可推想而知。降洎春秋戰國，戎馬倥偬，無暇及此，獄囚類皆不強制以勞役，或者任其自由，且有作業良善，而得赦釋者，如秦政之赦程邈，因其能書也。（見能書錄）

第三章　刑之適用

第一節　總說

刑之適用云者，卽審酌犯罪之情形，而科之以適當之刑罰之謂也。有法令上適用與審判上適用之區別；法令上適用者，乃依據法律而指定相當之刑罰之謂也；審判上適用者，以裁判之宣

告，隨意定各罪之刑罰之謂也。故法律者，乃抽象的定適刑罰之範圍，而審判則爲具體的定適用刑罰之標準者也。

考關於刑之適用其主義有三：以裁判官自由裁量定各罪之刑，法律並不予以制限，是謂關於刑之適用之放任主義；否則各罪之刑，豫以法律規定不容裁判上自由伸縮，是謂關於刑之適用之法定主義；前者有裁判上之適用，無法令上之適用，後者有法令上之適用，無裁判上之適用，二者皆爲極端的主義，其得失問題，略與第一編第六章相同，無庸贅述。近世各國刑法大抵採折衷主義，非豫以法律示定者，不得科刑，而裁判官於法律範圍內，有自由伸縮之權。我國現行刑法亦然，刑法條文中所言以上，以下，即以法律定其範圍，由裁判官酌其罪狀，察其當否。例如刑法第二百八十二條規定殺人者處死刑，或無期徒刑，或十年以上有期徒刑云云。爲法律所豫定，至究竟適用死刑或徒刑，則由裁判官斟酌是也。古代如何？試就舜帝之刑法而研究之。帝舜之刑法爲法定前已言之矣。刑之適用，亦爲法定主義，實屬當然之結果。惟其所謂法定，極爲簡略。止對於最重大之犯罪，而規定其刑之適用。多數之場合，未能豫爲網羅；事實上放任裁判官擅斷，實無俟言。

故其主義雖採法定，實折衷法定主義與放任主義之間；實與折衷主義相同。玆先將法定思想言之，舉其材料如左：

如前述之昏（贈賄）默（收賄）及賊（殺人）之三種犯罪，均處死刑。帝舜之刑法，所以爲法定，於此一事推想之，對於其他之犯罪行爲，均爲法定，實屬可見。

五刑出於反坐之思想，刑之適用以其犯罪如何而定，如姦淫者當宮，殺人者當死，傷人者當劓等等之處罰，以此而證爲法定，當無待論。

雖然，舜典有『眚災肆赦』之文，可知殺人者不盡處以死；又如舜典中『怙終賊刑』是爲刑之加重，『上服下服』是爲刑之加減；是古代亦俾裁判官於法律範圍內有自由伸縮之權，與今日相同，良無疑義。

丘濬有言曰：『有法任法，無法任人。』揆其意味，亦折衷主義也。今日歐洲及其他諸文明國，採用最新之學說及立法例之折衷主義。犯罪及刑之處置均預爲規定，惟其刑之範圍極廣，以實際上之適用，放任裁判官之自由，帝舜之刑法，與此相同。犯罪之刑，皆以明文規定，裁判官須墨守

成法，不能妄爲擅斷。是其原則上採法定主義法定之不備者，不外放任裁判官，以今日觀之，如此之刑法，實可謂危險。但裁判官其人，果能賢明公正，究亦無妨。帝舜之時法官爲皋陶，乃收此刑法意外完美之效果。而帝之放任其人，所深用畏懼警戒，此則對裁判官之訓條，有如左之誨示：

『欽哉欽哉，惟刑之恤哉，』（尚書舜典）

第一款　法律上之加減

法律之加重，可區分爲普通加重與特別加重二種；普通加重者何？無論何種犯罪，如具備法律上一定之條件，皆須加重其刑者也。其最著者莫如累犯，而併合論罪中有時亦含普通加重之意義者，此二種加重已於第二編第四章犯罪狀態論中述之，無再贅陳之必要。至於特別加重，乃對於特定犯罪，具備其他條件，加重其刑者是也。如傷害尊親屬罪刑法規定其處分，皆較普通傷害罪加重。古代處置此種罪犯之死刑，其方法不用斬而用焚。如周禮秋官規定『凡殺其親者焚之』（在古代客觀的觀念，以爲焚重於殺）是即由於犯罪人與被害人身分上關係，而加重其刑者，即所謂主觀的之條件也。其屬於客觀的條件者，例如殺死侵入第宅之盜，在法律不爲罪，則可

以推知此種盜罪之處置，較普通竊盜罪有殊；又如援助敵國罪，墨子規定夷三族，（號令篇「其以城爲外門者三族。」）即其最著之例，其他犯罪，自可類推。

次言法律上之減輕，古代既有緊急防衞不爲罪之規定，即使防衞過當，與夫一切不知法令等等之過失犯罪者，均得減輕刑罰，犯罪編責任節已詳言之，不更贅舉，茲所述者，爲自首減免。

自首云者，犯人於犯罪未發覺前，向有搜查權之機關官員，陳明自己之罪狀之行爲也。自首減刑，爲獎勵犯罪者悔過投誠而設。現行刑法規定於第三十八條。各國多數之例，惟認特別自首者著之於分則，其有規定於總則者，蓋緣於中國法系也。自首必須備具四要件：（一）自己之犯罪，（二）必於發覺前，若於發覺後告言己罪，乃自白非自首，（三）告知於官、唯例外告知被害者，亦准自首法。（四）於官署就審判。四者不備，不得准予自首減輕。自首係以犯罪未發覺爲條件，雖犯罪事實已發覺，而尚未知何人犯罪，仍屬未發覺。大理院於三年上字七十八號判例，定有明文。古代亦早有自首宥減之例。如尚書云：

「既道極厥辜，時乃不可殺。」（康誥）

茲不作犯罪者之自白，而認爲自首減輕之起原。蓋犯罪人之自白，在現行新刑法除誣告及僞證罪，有特別規定外，並無減免之條，大理院四年上字一百八十號亦有明文規定。卽重大之犯罪，雖經自白，當然不得入宥減之例，良可無疑。康誥篇所指係云大罪，犯大罪而經自首，不處死刑，宥處他種刑罰，亦可推想而知也。荀子君子篇云：

『治世曉然皆知夫爲奸，則雖隱竄逃亡之由，不足以免也；故莫不服罪而請。』則治世多自首之罪人，且以自首爲風俗善良之證。

此外法律所規定得入宥減範圍者如周禮秋官規定凡王之宗室，王之故舊，其人有德行者，有道藝者，於國家著有事功者，凡有爵者，於國家著有勞績者，此八者之人，非於王躬有所關繫，卽於國家有所裨益，不幸而有罪，從而議之，可赦則赦，次亦爲之末減焉。（王應電語）蓋爲古代法律不平等之結果而有此種規定。已詳見緒論中，不再贅述。

第二款　審判上之加減

審判之減輕云者卽裁判官對於犯罪者之刑罰酌量減輕是也。一般立法例皆認爲不可缺

之規定；蓋以犯罪情節，離奇變幻，盜賊裁判官以審判上減輕之職權，而後得濟刑罰之平也。暫刑律規定於第五十四條云：『審按犯人之心術及犯罪之事實其情輕者得減本刑一等或二等。』故酌減有一定條件，自不能任意濫用。大理院二年上字五十號判例，亦定有明文。新刑法規定科刑時應審酌一切情形，爲法定刑內科刑輕重之標準，並應注意犯罪之原因，目的，犯罪時所受之激刺，犯人之心術，犯人與與被害人平日之關係，犯人之品行，智識之程度，與夫犯罪之結果，犯罪後之態度。（第七十六條）犯罪之情狀可憫恕者得酌減本刑。此又爲第七十七條之規定。是皆特賦予裁判官以減輕之職權，以達情法平見之目的。

古代法制如何，述之如左：

（甲）因事實不明而減輕　皋陶答帝舜之語曰：

『罪疑惟輕……與其殺不辜，寧失不經。』（尚書大禹謨）

是犯罪之事實不明者，其刑須輕，至犯罪之有無不明者，縱處輕刑，亦不合法，惟茲所言者，非有無之疑，乃事實之明白與其程度分量等之疑也；若事實之程度，及分量不明時，從輕處斷，其不明之

點加之糾問，就其明白之點，處之以刑。與近世法理，實相符合。例如有持凶器竊盜之事件，其竊盜部分為明白事實，其攜帶凶器部分不明白。此點與近世所謂未能切實證明，即係屬單純竊盜犯，科以相當之刑，實屬無間。如以此論為迎合近世法理思想，有曲解之嫌，則古昔學者所謂亦然，如朱子之言曰：

『罪已定而於法中其可重可輕，可疑則從輕罰之。』（書集傳）

至若犯罪之事實不明，即無從定其罪犯之成立，予其殺不辜，寧失不經。蓋犯罪事實之不明殺之，恐死無罪者，不殺即違常法，失法律之威信，二者孰取？二害相權，惟取其輕，故當時之刑法採取後義，與近世所謂犯罪事實不明，證據不足者斷之為無罪，實屬相同。

（乙）因情狀而加減　其一方之減輕，惟與近世之酌量減輕相同。其一方因情狀而加重因審判而加重，近代法例概所不許，蓋近代刑法對於犯罪之處分，因犯罪情節之輕重，設有輕重刑罰之階級，衡罪科刑，自得為當，倘若予裁判官以自由意思於審判上加重其刑罰，則人民之權利未免處於危險，豈刑事政策之所取哉？而在古代法制，因情狀而加減，則為何如？考之如左尚書

呂刑云：

『上刑適輕下服，下刑適重上服，輕重諸罰有權。』

此為周穆王之語，周初卽有此法制。如周禮秋官小司寇云：

『聽民之所刺，以施上服下服之刑。』

司刺云：

『以此三法者，求民情斷民中，而施上服下服之罪，然後刑殺。』

周世固有此制度，帝舜之刑法，亦必已有加重減輕之法制，足可推想而知。

『上刑適輕下服』云者，犯罪該處上刑，其情狀適輕，特處下刑之謂也；『下刑適重上服』云者，犯罪該處下刑，揆其情狀適重，特處上刑之謂也。分刑罰為上刑下刑，有一種之奇說，刑罰執行部分在身體之上部者為上刑；在身體之下部者為下刑，如此說則死墨劓三刑為上刑，剕宮二刑為下刑。鄭玄賈公彥吳澄諸人唱之。（無刑錄一一卷六頁）『輕重諸罰有權』者反覆以上之意，權者，權度也，測定也，權度刑罰之輕重，各得其宜也。

所謂適輕適重，其方法如何？張氏謂以其情而權其輕重。陳氏舉例解之。謂罪之重者，莫如殺人，然所殺爲奴婢也則適輕。罪之輕者，莫如詬罵，然所罵爲父兄也，則適重。（書傳輯錄註）其之所謂輕重，及輕重之情狀可知矣。

第四章　刑罰之執行

第一節　通則

刑罰執行云者，即對於犯罪人執行所宣告之刑罰之謂也；易言之，即因宣告刑罰而使犯罪人，受一定利益之剝奪之謂也。刑罰之種類，既各不同，其方法及程序，自有互異，然亦有一般執行刑罰上所應遵守之規則，茲先就此種通則，簡單說明，至於各種刑罰之執行，於次節以下，分別述之。

考古代執行刑罰之共同規則有二：（一）中國古代法院之審級，拙著中國古代訴訟法論之較詳，觀乎諸士會審之制，及王疑再審之文，則古代亦非經判決確定後，不得執行，自無疑義；蓋以

判決尚未確定，則有罪無罪問題，或不免因上訴而有變更，自無執行刑罰之理由，古今一致。(二)近代國家採用國家訴追主義，無論何種犯罪，皆以檢察官爲原告之當事人，故法律規定指揮執行，刑罰權，屬於檢察官；判決確定以後非由檢察機關發布執行命令，不得執行刑罰。古代制度亦與今制相同。如周禮秋官鄉士遂士縣士均有『獄訟成士師受中』之記載，則判決確定由士師之官執行也。

刑罰執行上所通用之規則，既如上述，而後進爲研究各刑之執行，分節述之如左：

第二節　生命刑之執行

第一款　生死刑執行之方法

死刑執行之方法，現今各國立法例各有不同，大略不外三種，卽斬、絞、鎗斃是也，法蘭西、德意志、瑞典諸國，採用斬刑，塞魯華脫波利維亞愛加特烏魯魁諸國，專用鎗斃，日本英吉利布加利亞澳地利匈牙利英屬東印度加拿大專用絞刑，我國現行新刑法專用絞刑，規定於第五十三條。古代如何？臚舉如左：

（一）斬　斬爲死刑執行方法之最早者，又稱爲殺、史記黃帝本紀『遂禽殺蚩尤』夏本紀『桀謂人曰「吾悔不遂殺湯於夏臺使至此。」』書康誥『誥以愼用刑殺，』『乃不可殺』『無或刑人殺人，』酒誥『予其殺，』『同其殺，』周禮秋官『其不信者殺。』『以待刑殺，』皆斬刑也。故殺爲當時斬刑之一種代名詞，可無疑義。

斬刑究施罪人身體之何部耶？史記載斬刑者爲蚩尤，然未有明文記載，惟魏人王象等所撰之皇覽載：『蚩尤冢在東平郡壽張縣闞鄉執中，……肩髀冢在山陽郡鉅野縣重聚大小與闞冢等，傳言黃帝與蚩尤戰於涿鹿之野。黃帝殺之，身體異處，故別葬之。』則斬是斬首，明確可知，史記殷本紀云：

『周武王遂斬紂頭，懸之白旗，殺妲己。』

周本紀云：

『以黃鉞斬紂頭，懸太白之旗，已而至紂之嬖妾二女皆自經自殺，武王又射三發擊以劍，斬以玄鉞懸其頭小白之旗。』

尸子云：

『武王親射惡來之口，親斫殷紂之頸。』（卷下）

墨子云：

『子墨子見齊大王曰：「今有刀於此，試之人頭，倅然斷之，可謂利乎？」大王曰：「利。」子墨子曰：「多試之人頭，倅然斷之，可謂利乎？」大王曰：「利。」（魯問篇）

是斬爲斷首之刑，更無疑義。『縣之白旗』爲後世梟首示衆之濫觴。

黃鉞玄鉞，均爲斬刑之用具。古今注云：

『金鉞，黃鉞也；鐵鉞，玄鉞也。三代通用之以斷斬。』

鉞者何？廣雅云：「鉞斧也，」左傳昭公十五年云：「鉞秬鬯」疏「鉞大而斧」大公六韜云「大柯斧重八斤，一名天鉞，」則鉞之爲物可知矣。

鄭康成周禮注云：『斬以鈇鉞，若今要斬也，殺以刀刃，若今棄市也，……罪大者斬之，小者殺之。』按周武斬首於頸，史記既有明文，而自情理度之，亦可確信無疑。鄭氏解斬施諸腰，與後世

腰斬刑同視。未知何據，如以「斬以鈇鉞」爲腰斬，則武王以黃鉞斬紂，以玄鉞斬妲己，未聞腰斬也。

古代斬刑又稱戮，如史記夏本紀「夏禹會諸侯於會稽，防風氏後至，禹戮之以徇。」如書湯誓「女不從誓言，予則孥戮女無有攸赦。」孔叢子抗志篇「齊王戮其臣不辜。」戮又係爲斬刑之一種代名詞，可無疑義。惟新序言紂「作炮烙之刑戮無辜」(刺奢篇)又似戮爲生命刑之通稱，不必定以斬爲戮也。列子力命篇云：「子產執而戮之，俄而誅之，」則戮爲身體刑之一種，非能及死，死刑執行前準備之身體刑也。故誅者又斬刑之一種代名詞，史記殷本紀云：「武庚與管叔蔡叔作亂，成王命周公誅之。」當時之誅，含討伐之意，細釋之，誅者爲執行外敵及叛逆斬刑之名稱，卽「誅伐以討不庭」之意。

(二) 炮烙　帝紂殘酷，乃重刑辟，制炮烙之具，史記殷本紀云：

「百姓怨望而諸侯有畔者，於是紂乃重辟刑，有炮烙之法。」

時在西歷紀元前一千一百五十一年也。竹書紀年云

『作炮烙之刑』（帝辛四年）

炮烙之搆造若何？列女傳云：

『膏銅柱下，加之炭，令有罪者行焉，輒墮炭中，妲己笑，名炮烙。』

史記張守節索隱云：

『見蟻布銅升，足廢而死，於是爲銅烙，炊炭其中，使罪人步其上。』

淮南子云：

『殷紂爲炮烙，鑄銅柱。』（俶其訓）

是其搆造如何可以知也。迨後西伯羑里被囚，閎夭獻貢，既獲宥赦，又獻洛西，炮烙以除，史記殷本紀云：

『紂乃赦西伯，西伯出而獻洛西之地，以請除炮烙之刑，紂乃許之。』

時紂之十三年，西曆紀元前一千一百四十二年也。仲尼稱曰：

『仁哉文王！輕千里之國，而請解炮烙之刑。』（韓非子難三篇）

（三）脯醢　亦紂之虐刑，竹書紀年云：

『十一年，始設脯醢之刑。』

當西歷紀元前一千一百四十年、史記殷本紀

『九侯有好女入之紂，九侯女不憙淫，紂殺之而醢九侯，鄂侯爭之彊，辨之疾，幷脯鄂侯』

左傳成公二年

『春，齊侯代我北部，圍龍頃公之嬖人盧蒲就魁門焉，龍人囚之，齊侯易殺，吾與而盟，無入而對，弗聽殺而膊諸城上。』

春秋繁露云：

『殺梅伯以爲醢，』（王道）

周制爲處間諜罪之死刑，周官秋官掌戮云：

『掌斬殺賊諜而膊之。』

竹書紀年隱公元年『齊師殺子之醢其身。』

汲冢紀年「擒子之而醢其身。」

戰國時猶存此刑，如韓策云：

「其姊不避菹醢之誅。」

（四）剖　剖開胸腹之死刑也。史紀殷本紀云

「剖孕婦而視其胎。」

「紂怒曰「吾聞聖人心有七竅，」剖比干觀其心。」

亦有剖背者，如國策云：

「剖傴之背。」（宋衞策）

（五）辜磔　王昭禹云：『辜以磔之，不全其體。』爲車裂支解之濫觴，亦死刑之慘酷者。周

制處殺死王親者之死刑，如周禮秋官云：

「殺王之親者辜之」

後世一無限制，則竊盜罪亦處辜磔刑。如韓非子載：

『荆南之地，麗水之中生金，人多竊采金，采金之禁，得而輒辜磔於市，甚衆，壅離其水也，而人竊金不止。夫罪莫重辜磔於市。』（內儲說上）

（六）踣　斃也，爾雅釋言『斃踣也』註前覆也。鄭康成云：踣僵尸也。周禮秋官云：『凡殺人者踣諸市。』

左傳載：

『子產使都鄙有章，上下有服，田有封洫，廬井有五，大之忠儉者，從而與之，泰侈者因而斃之。』

杜注：『因其有罪而斃踣之。』（襄公三十年）

（七）磬　爲今日絞刑之濫觴。創自周代，周以前無明文記載，不得而稽。禮記文王世子云：

『公族其有死罪，則磬於甸人。』

注縊之如縣樂器之磬也。

（八）焚　創自周制，實淵源於殷紂之炮烙，但炮烙係膏於銅柱並加以炭；焚係秆稾焚燒，是其區別耳。周制凡殺死尊親屬者處此刑。如周禮秋官云：

「凡殺其親者焚之。」

降洎春秋焚刑之執行，不限於殺死尊親屬。如左傳載；

「郤宛直而和國人說之。鄢將師爲右領，與費無極比而惡之，令尹子常賄而信讒，無極譖郤宛焉。………遂令攻郤氏且爇之，（杜注爇燒也）令曰「不爇郤氏，與之同辜。」或取一編管焉，或取一秉稈焉，國人投之，遂弗爇也。」（昭公二十七年）

（九）車裂　車裂爲刑之嚴酷者，在嚴刑時代，以爲人民多犯法係刑罰寬輕之故，必須崇酷烈，以求至治。讀孔叢子對魏王篇戰國時對於車裂刑之觀念可以瞭然，茲摘錄於左：

「齊王行車裂之刑，羣臣諍之，弗聽。子高見於齊王曰：「聞君行車裂之刑，無道之刑也，而君行之，臣竊以爲下吏之過也。」王曰：「寡人以民多犯法，爲法之輕也。」子高曰：「然，此誠君之盛意也。夫人含五常之性，有喜怒哀樂，喜怒哀樂無過其節，節過則毀於義，民多犯法，以法重無所措手足也。今天下悠悠，士無定處，有德則往，無德則去，欲規霸王之業，與衆大國爲難，而行酷刑以懼遠近，國內之民將叛，四方之士不至，此乃亡國之道，君之下吏不具以聞，徒恐

逆主意以爲憂，不慮不諫之危亡，其所矜者小，所喪者大。故曰下吏之過也。臣觀之，又非徒不諍而已也，心知此事之爲不可，將有非議在後，則因曰君忿意實然，我諫諍必有龍逢比干之禍，是爲虛自居於忠正之地，而闇推君主使同於桀紂也。且夫爲人臣見非而不諍以陷主於危亡，罪之大者也，人主疾臣之弼己而惡之，資臣以箕子比干之忠，惑之大者也。」齊王曰「謹聞命。」遂除車裂之法焉。」

車裂刑究始於何時耶？蓋春秋時有此刑。惟創自何人，則不得而知。如以「齊王行車裂之刑」爲車裂刑之作俑，未免武斷，惟春秋戰國之諸侯王以車裂刑爲重辟，可無疑義。國策楚策載：

「齊王大怒，車裂蘇秦於市。」秦策載：

「商君歸還，惠王車裂之，而秦人不憐。」

古代被處車裂刑，殆必甚衆，墨翟且用以處夷族之刑，如墨子載：

「歸敵者父母妻子同產皆車裂。」（號令篇）

（十）支解　解手足四支也，其酷與車裂相類，創自何時，無從稽考，惟晏子春秋載：

『景公使圉人養所愛馬，暴死，公怒，令人操刀解養馬者。是時晏子侍前，左右執刀而進，晏子止而問於公曰：「堯舜支解人從何軀始？」公瞿然曰：「從寡人始，」遂不支解。』（內篇諫上）

據此則支解之刑，始於景公矣。大將如吳起，亦受此刑，如韓非子載：

『吳起之所以枝解於楚』（姦刼殺臣篇）

據以上所述，死刑執行之方法約有十種，殘酷互異，輕重懸殊，揆之法理，誠有大惑不解者；蓋死刑之特質，在剝奪其生命，使不再爲社會害，非在剝奪生命之方法，生命一而方法十，於受刑者之生命，實無重輕。徒刑之分有期無期，罰金之分爲多寡，其於自由及財產受刑者，顯然有價值可憑。斬，炮烙，膊醢，剖辜，磔，踣，磬，焚，車裂，支解，則同一死也。焉有死後而尙知己之生命，被如何處分者哉？曰此古代威嚇之精神也。愚欲無言！

第二款　生命刑執行之場所

死刑執行之場所，古今均有二種主義，卽公開與密行是也。現代各國如塞魯華脫愛加特均專用公行；如日本英吉利澳地利匈牙利加拿大布加利亞英屬東印度德意志瑞典均專用密行；

如法蘭西波利維亞烏魯魁則無限制，或公開或密行。死刑公行，在古代肆諸市朝，與衆共棄之義，具有威嚇之精神。在輓近認爲一般警戒之方法，使不敢犯。然按之古來各國之實驗，非唯無懲肅效力，適養成國民殘忍之風，故近世用絞之國，無不密行，用斬之國如德意志瑞典，亦均密行，我國刑法第五十三條規定，亦用密行主義。古代如何？

原始時代，死刑爲公行，東西各國，殆皆一致。史記黃帝紀載：

「遂殺蚩尤」

索隱云：

「按皇甫謐云「黃帝佐應龍殺蚩尤於凶黎之谷，或曰黃帝斬蚩尤於中冀因名其地曰絕轡之野。」

是爲死刑陳諸原野，見於記載之始。

降洎夏殷死刑之執行，迨皆公開可無疑，惟夏之桀，殷之紂殘虐昏暴刑罰隨地而施，或於宮中作笑樂或於廟廷示威酷，此暴主之淫刑，非所語於法制也。

至周制死刑執行之公開，與祕密執行，均有詳細規定，分別述之如左：

（甲）公開執行　周禮秋官云：

「及刑殺告刑於王，奉而適朝士加明梏以適市而刑殺之。」（掌囚）

「凡殺人者踣諸市……刑盜於市凡罪之麗於法者亦如之。」（掌戮）

黃帝殺蚩尤於鉅鹿之野，周官有刑於市之制，故公開執行場所亦有二種，犯死罪之大者，於原野執行小者於市朝執行，春秋時猶存此制，臧文仲曰：

「大者陳之原野，小者致之市朝，」（國語魯語）

（乙）隱密執行　周禮秋官小司寇云：

「凡王之同族，有罪不卽市。」

然則王之同族處死刑者，當於何處執行耶？曰：

「唯王之同族與有爵者，殺之於甸師氏。」（秋官掌戮）

「凡有爵者與王之同族，奉而適甸師氏以待刑殺。」（秋官掌囚）

甸師爲天官之屬，周禮天官甸師云：

「甸師掌師其屬而耕耨王藉以時入之以共齍盛，祭祀共蕭茅，共野果蓏之薦。喪事代王受眚烖，王之同姓有皋則死刑焉。帥其徒以薪蒸役外內饔之事」

王之同族及有爵者死刑之執行，何以適甸師氏？周禮鄭鍔解云：

「適甸師氏者，蓋以甸師掌耕籍田，以事宗廟藏穀之所隱也，既適甸師則以待刑殺之官來於此，即刑殺之事，不梏而適市，乃所以隱之也。有爵者隱之，所以尊國體；王族亦隱之，所謂不與國人慮兄弟，此尊尊親親之道也。」

賈疏云：

「必在甸師氏者。甸師在疆埸，多有屋舍，以爲隱處，就而隱焉。」

則當時死刑密行之旨可知矣。不惟有爵者及王之同族之死刑執行，不取公開主義，即婦女亦採密行。如左傳云：

「婦人無刑，雖有刑不在市朝。」（襄公十九年）

以上所言係就斬殺之刑，至若磬則又何如？禮記有其明文如：

『公族其有死罪，則磬於甸人。』（文王世子）

夫大罪陳之原野，旣行於軒轅，甸師氏係郊野之官，復著於周禮，地本同也，旨斯異焉，蓋前者取暴露於原野，梟首示衆之意；後者隱密執行所以表示貴貴親親之情，其間有別。因政治上地位之關係，而異死刑執行之場所，其風實肇自周制，周以前無別貴賤，凡處死刑，均公開執行。如禮記云：

『刑人於市與衆棄之。』（王制）

孔穎達云：

『刑人於市與衆棄之者，亦謂般法，謂貴賤皆刑於市；周則有爵者刑於甸師也。』則死刑執行之有公行密行之分，實肇自周制也。

軍事法係特別法與普通法不同，非本文範圍，不具論，惟周禮規定軍法之死刑執行場所亦用密行。茲特於此附加究考，聊備一格。尙書云：

『用命賞於祖，不用命戮於社。』

周禮秋官云：

『大軍旅涖戮於社。』（大司寇）

何謂爲社？獨斷云：

『天子之宗社曰泰社，天子所爲羣姓立法也。天子之社曰王社，一曰帝社，古者有命將行師必於此社授以政，尙書曰「用命賞於祖，不用命戮於社。」』

不唯王之同族與有爵者以及軍旅，卽田役斬殺亦均密行，如周禮秋官掌戮云：

『唯王之同族與有爵者，殺之於甸師氏，凡軍旅田役斬殺刑戮亦如之。』

第三款　生命刑執行之時期

斷者不可復續，死者不可復生。故死刑一經執行絕無回復性，審判定讞，分級審訊，集衆合議，再三考究，皆愼刑之意也。周禮秋官鄉士云：

『聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪，而要之旬而職聽於朝。司寇聽之，斷其獄，弊其

訟於朝，羣士司刑皆各麗其法以議獄訟。』

遂士云：

『聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟，異其死刑之罪，而要之二旬而職聽於朝，司寇聽之斷其獄，弊其訟於朝，羣士司刑皆各麗其法以議獄訟。』

縣士云：

『而聽其獄訟，察其辭，辨其獄訟異其死刑之罪而要之三旬而職聽於朝。』

判決確定然後由士師擇日執行，故曰：

『獄訟成，士師受中，協日刑殺：』（鄉士）

『獄訟成士師受中，協日就郊而刑殺各於其遂』（遂士）

『獄訟成士師受中協日刑殺各就其縣』（縣士）

鄭注：『協日刑殺，協合也，合也和合，支幹善日，若今時望後利日也。』賈疏云『若今時望後利日也者，月大則十六日爲望，月小則十五日爲望，利日卽合刑殺之日也。』是古代死刑判決確定後，

猶須至一定時期，始得執行，可無疑義。現行法則規定於第五十三條云：

「死刑非經法部覆准，不得執行。」

所謂覆准乃執行上之手續，司法部初無變更判決之權。凡咨報到部，由部覆准，即查照原判執行，惟有時應行救濟方法，如遇有赦免理由者則根據約法，呈請大總統宣告特赦或減刑；遇有法律上或事實上錯誤者，則根據訴訟法施行非常上告，見元年五月三十日司法部呈大總統文，法部覆准回報，限於三日內執行，又見於元年七月十一日司法部通令。刑事訴訟條例第四百九十條，亦明文規定，皆愼刑之意也。

第二節　身體刑之執行

身體刑執行之方法於身體刑之種類節分別臚舉，無贅述之必要，至其執行之場所，墨、刵、劓、刖，無特別明文規定，惟執行宮刑，須暗室蓄火，是謂蠶室，蓋以刑宮者畏風須煖，作暗室蓄火如蠶室，因以名焉。見漢書註

鞭刑爲後世廷杖之權輿，廷杖之執行於朝廷執行。古代鞭刑概稱官刑，其執行之場所，當與

廷杖相同，無用疑義。

身體刑執行後之處置，古代法律有詳細規定，已於自由刑章述之，玆不贅舉。

第三節　自由刑之執行

查刑法規定，除小數犯罪應處死刑或罰金外，而應處自由刑者，幾佔刑法百分之九十以上，故關於自由刑之執行問題，列爲專門科學之一部，即所謂監獄學是也。夫監獄爲執行自由刑之機關，監獄制度之良否，與刑法效果之良善，極有關係，近代各國均有監獄法規定，我國亦有其規。在古代亦早有監獄制度，留於第四編中述之，玆不先贅。

惟於此所宜研究者，爲流刑執行之場所問題。尚書舜典云：

「五流有宅，五宅三居，惟明克允。」

史記宅作度，如

「五流有度，五度三居，惟明克信。」（五帝本紀）

各人註解殊多分歧，書孔安國疏云：「五行之流，各有所居，五居之差，有三等之居，大罪四裔，次九

州，次千里之外。孔穎達云：五刑之流，各有所居處。五刑所居於三處居之，所以輕重得其宜，受罪無怨。」史記正義云：「謂度其遠近爲三等之居。」集解云：「謂在八議，君不忍刑，宥之以遠，五等之差，亦有三等之居，大罪投四裔，次九州之外，次中國之外，當明其罪，能使信服之。」孔氏以爲大罪居於四裔，次九州之外，次千里之外，當較可信，當時之例，已於刑罰之種類章自由刑節述之，不更贅舉。

第四節　財產刑之執行

現行法沒收之執行，刑事訴訟條例規定之，古代執行沒收之任務有司屬之官，已如前述矣。至罰金之執行，現行刑法規定於第五十五條，罰金於裁判確定後令一月以內完納，逾期不完納者，強制執行。其未完納者易科監禁。以一元以上三元以下折算一日；蓋以金錢之籌畫，須與以相當之期間，迨逾期不納，始分別其有無資力，有資力者則強制完納，無資力者則易科監禁，古代如何？典籍雖無限定期間之記載，在當時事實，必有一定之期間，至逾期而不完納，有資力者則可依權力強制其完納；若無資力者，雖強制無如之何，自不得不易科與罰金多寡相當之刑。今日之法

制，財產刑祇可易科監禁，在古代財產刑之易科，不止自由刑，凡生命刑，身體刑，均可處置。蓋財產刑之原則，古今不同，其制度自然迥異，其詳於下節刑罰執行之易科中述之。

第五節　刑罰執行之易科

古今刑法刑罰法定，原不容擅易，惟執行有或種情形時，古今刑法皆有易科之規定。暫行律之規定有二：（甲）財產刑易科監禁，（乙）自由刑易科罰金。前者規定於第四十五條，後者規定於第四十四條。新刑法無自由刑易科罰金之規定，僅有易科監禁。古代如何？考之於左：

第一款　易科罰金

自由刑易爲財產刑，向爲學者所不取，然事實上亦有窒礙，萬不能執行者；如外國船舶之水手，於碇泊地犯輕微之罪，拘役數日，遠行之艦，開行有定時，勢難久待，一旦啓碇歸航，則本船既失必需之水手，犯人又失歸航之便利，而所在國反因此增一飄零無業之異國游民。故最近學者亦主張此制。暫行律輯爲專例，以劑情法之平。但其限制甚嚴，既規定爲自由刑，則凡其他生命刑等之不易科罰金無疑矣；既云自由刑五等以下，則五等以上者不許易科罰金無疑矣；既云實有窒

礙，則若執行無窒礙者，不許易科罰金無疑也。古代何如乎？

在古代無論東西各國均採用一般贖罪制度，無論何罪，均可易科罰金。我國如呂刑規定凡五刑而疑者均聽金贖，各刑之金額均詳細規定。玆摘於左：

『墨辟疑赦，其罰百鍰，閱實其罪。劓辟疑赦，其罰惟倍，閱實其罪，剕辟疑赦其罰倍差，閱實其罪。宮辟疑赦其罰六百鍰，閱實其罪。大辟疑赦，其罰千鍰閱實其罪』。考現行法各刑之規定，財產刑實爲刑罰中之最輕者。愚以爲我國古代，蓋亦如此。如舜典言各種刑名，金刑爲後，立法之意，不難推知。身體刑之鞭朴，爲帝舜時代刑法，次金刑之輕者，有如暫行律之於五等以下有期徒刑與拘役，朱熹解舜典之金刑，謂所以寬鞭朴，其墨劓剕宮大辟之五刑不能援用金贖。若五刑而許易科罰金，則有財者可以殺人傷人，縱富者雖因財以免於罪，難保被害者之子孫不爲復讐。國家之秩序必因之紛亂。果爾，則舜時易科罰金之制，與今日法理相同，實堪驚嘆！

第二款　財產刑之易科

罰金之執行，已於財產刑之執行節，略述之矣。現行刑法第五十五條易科監禁之規定，原本

於無資力者，不執行財產刑而設。其執行之場所，依本條第六項，監禁於監獄內附設之監禁所執行之。所謂『監禁所』所以別於監獄，其待遇依監獄規則第十三條。準用被處拘役者之規定。罰金本爲刑罰中最輕之刑，故雖易科監禁，亦不得逾一年，此又爲本條第四項之規定也。誠以巨額之罰金而力不能納者，勢必至罰金其名而長期自由刑其實，有戾立法之本旨，故易科之期間，有所限制，以斬平衡。古代罰金制度，諸說紛紜，殊難論斷。若據朱子舜典金刑之解釋而言罰金制度原所寬鞭朴，則如無資力不能完納時，當易科鞭朴之刑，以斬有罪必罰之旨。此其說以暫行律衡之不可謂非確當，若以呂刑之罰金制度而言，則大戾乎是。呂刑之罰金規定前已舉引，但如被罰者不服罰金，法官須加再審，不得裁判後直爲執行。如云：

『五罰不服，正於五過。』

賈疏『不服不應罰者，欲令贖罪而其人不服，獄官重加簡核，無服，疑似之狀，本情非罪，不可強遣出金，如是者則正之於五過，雖事涉疑，似有罪，乃是過失，過則可原，故從赦免，緣五罰爲過，故謂之五過，五者之過，皆可原也。』罰金之判決何由而有五過？呂刑云：

「五過之疵，惟官惟反，惟內，惟貨，惟來。」五過之所病，或嘗同官位，或詐反囚辭，或內親用事，或行貨枉法，或舊相往來，皆病所在。（鄭註）現行民刑訴訟條例，凡關於官內，來，均有法官迴避之規定。於反貨有懲戒法。拙著中國古代訴訟法言之較詳，非本文範圍，不更縷舉。司法官再審，如發見五過，則得免其罰金之執行。若再審而未有五過，則須執行財產刑可無疑義。若無資力而完納財產刑卽不爲執行乎？無是理也。呂刑於此，雖無明文規定。以愚推之，凡罪之罰百鍰者或易科墨刑，二百鍰者，易科劓刑，五百鍰者易科剕刑。六百鍰者易科宮刑，千鍰者易科死刑。然如此易科，匪特背刑法科以罰金之本旨，抑亦大失其平衡。愚之此測定未能中鵠，想當時亦必有易科之限制，但典籍無徵，不得而稽矣。

第四章　刑罰之消滅

刑罰消滅云者，國家基於法令上或事實上之原因，對於犯人之刑罰權，無從執行或不得請求之謂也。故刑罰之消滅，得區分爲二，其一爲請求權之消滅，其一卽執行權之消滅。是本章所述，則

注重於執行刑罰權之消滅。

刑罰消滅之原因，據現行法制，可略分爲五：（一）執行終了，（二）犯人死亡，（三）免赦，（四）時效經過，（五）緩刑期滿。古代如何乎？考之如左：

執行終了，爲刑罰消滅之一原因，其理至顯，無待說明。古代族罪制度，犯人雖已死亡，而其刑罰仍不歸消滅，於責任章中亦已述之，無再贅述之必要。時效經過，緩刑期滿二項，古代材料頗屬缺乏（禮記有緩刑之文其觀念與現代相同與否未敢武斷）均略而不論，茲就赦免一項述之。

赦免者，國家元首以命令消滅執行刑罰權或請求刑罰權之謂也。我國臨時約法規定於第四十條大總統有大赦特赦，減刑免刑復權之特權，民國十二年十月十日公布憲法第八十七條規定大總統經最高法院之同意，得宣告免刑減刑之特權，但無大赦特赦之明文，茲不多議。就古代之法制言之。

甲特赦　特赦者對於特定犯罪人而消滅執行刑罰權之謂也。古代之特赦有特別之場合，書云。

『眚災肆赦』（舜典）

眚者過也，災者害也，過而有害當緩赦之。（傳）是則凡過失及不可抗力之犯罪行爲均可赦免不受刑事處分。易云：

『雷雨作解，君子以赦過宥罪。』（解卦）

是古代對於過失罪，確行赦免，可無疑義。不寧唯是，則犯罪行爲處於疑之場合者，亦得赦免。如書云：

『五刑之疑有赦，五罰之疑有赦，其審克之。』（呂刑）

蓋裁判官亦猶人審刑處刑，不能無誤。赦者，所以濟法律之窮，有不容已。

乙大赦　大赦云者，卽對於某種類罪消滅執行刑罰權及請求刑罰權之謂也。若旣經大赦則無論起訴與否或判決確定與否，根本上對於犯罪人均廢滅其訴追或裁判之大權。如民國元年三月十日赦令除眞正人命強盜罪外，無論已發覺未發覺已結正未結正者，一律赦免，卽其例也。由是以觀，可知大赦不獨對於確定判決或執行刑罰中之囚人，消滅其執行刑罰權，卽尙未起

訴或審理中者，其請求刑罰權亦當然消滅，可無疑義。

帝舜之肆赦，是原因乎『眚災』大赦僅爲主權者之恩典，大赦之制，肇自何時乎？蓋非起自帝舜之時，而肇自春秋之世。春秋莊公二十二年云：

『春王正月肆大眚』

肆眚者，蕩滌瑕垢之稱也。書曰：『眚災肆赦，』易云：『君子以赦過宥罪，』均未聞『肆大眚』也，故後世大赦之原，蓋始於此。

刑法之有赦免之制，中外所同。然古今學者，多有非議。春秋之管子，戰國之韓非商鞅，攻擊尤烈。管子之言曰：

『民無大過，上毋赦也。上赦小過，則民多重罪，積之所生也。故曰赦出則民不敬，惠行則過日益，惠加赦於民，而囹圄雖實，殺戮雖繁，姦不勝矣。故曰邪莫如蚤禁之，赦過遺善則民不勵，有過不赦，有善不遺，勵民之道，於此乎用之矣。』（管子法篇）

『凡赦者，小利而大害者也，故久而不勝其禍。毋赦者，小害而大利者也。故久而不勝其福。故

赦者犇馬之委轡：毋赦者痤雎之礦石也』，（同上）

『殺不辜而赦有罪，則國不免於賊臣矣』（權修篇）

先秦以前，大赦祇有二次。降洎後世，大赦之多，不遑枚舉矣。盡至一君主而行數次大赦，登位有赦，死葬有赦，災異有赦，壽慶有赦，誕生有赦，或至一歲而行數赦。古諺古語云：

『一歲數赦，好兒喑啞，』

故多行肆赦，確非善道，大學衍義補有『愼眚災之赦』之明文。亢倉子亦云：

『史刑曰「眚災肆赦」赦不欲數，赦數則惡者得計，平人生心而賢良否塞矣。』（政道篇）

傅子亦言：

『若親貴犯罪，大者必議，小者必赦，是縱封豕於境內，放長蛇於左右也。』（傅子）

誠不可不加之謹愼也。十八世紀學者猶詆赦免爲君主專制之弊法，法國一千七百九十一年刑法嘗廢赦制，及於一千八百零一年又復採用，在現代各國法制多有規定，是則赦免在法理上固自有存在之價値，吾人又無庸其疑義者也。

第四編　監獄

第一章　總說

獄制者與刑法有形影相伴表裏相對之關係。故獄制之沿革，與法律之歷史，其發達之步武相同，此事勢之所當然也。民衆相聚，結爲團體，熙來攘往，人性不殊，利慾相同，紛爭以至，國家爲秩序安寧計，必有法令，干犯乎法令，不可無以禁治之。此刑罰之所以必要，夫人而知矣。旣已有刑罰，則對於犯罪刑事上或爲審問，或爲管束，或加以敎誨，或加以懲戒，或對於犯罪者一時審判之結局，欲達施刑之目的，將犯人之身體，於幾何時間拘收而禁治之，自必有一定之場所。故監獄者，所以拘束人民自由行動所指定之一種建築物。而監獄與刑法有形影相伴表裏相對之雅，此我國監獄思想所以同見於舜典。監獄之構造內容，雖未可得而詳，而監獄已有設備，要可推想而知。周興定監獄之制，其主義精神已形完善，爰分章論述焉。

第二章　監獄之名稱

先秦時代監獄，除有一定設備之建築物外，或以宮殿，或於朝廷，或以樓臺，或於𨌋窖，至無一定也。考監獄用語之由來，歐洲如羅馬瑞典等，其字義皆爲捕擒人畜，或繫留之文辭轉化而來。我國監獄通稱囹圄，蔡邕云：囹牢也，說文獄也從口。牢之字義，本爲閑養牛馬之圈，東西殆同其轍。茲將監獄之名稱，及其性質相同而類似者，並考於左：

一　士　『皋陶汝作士，』舜典　獨斷：『四代獄之別名，唐虞曰士官。』

二　理　『皋陶爲理，』史記帝舜紀，獨斷四代獄之別名，『史記曰皋陶爲理。』

三　犴獄　路史後紀『虞帝求旃以爲士師，繇一振褐而不仁遠，乃立犴獄。』

四　鈞臺　又名夏臺　竹書紀年帝癸『二十二年商侯履來朝，命囚履于夏臺』史記夏本紀『桀謂人曰吾悔不遂殺湯于夏臺，使至此。』禮記正義「焦喬曰，夏曰均臺。」獨斷言四代獄之別名，「夏曰均臺。」續博物志「夏曰夏臺」水經注「夏曰夏臺。」

五　羑里　史記殷本紀『西伯昌聞之竊嘆。崇侯虎知之，以告紂。紂囚西伯羑里。』竹書紀年帝辛『二十三年囚西伯于羑里』通鑑前編『十有一祀……囚西伯于羑里』水經注：「殷曰羑里」續博物志「商曰羑里」

六　靈臺　竹書紀年文丁『四十年周作靈臺』左傳載『春秦伯獲晉侯以歸，乃舍諸靈臺。』僖公二十五年　杜注「在京北杜縣周之故臺也』淮南子云『紂拘文王，文王歸，乃爲玉門靈臺。紂聞之曰周伯昌改道易行，吾無憂矣。』（道應訓篇）

七　犴　係鄉亭之繫者。詩『哀我塡寡，宜岸宜獄。』（小雅小宛）毛注：「岸亦獄也，韓詩作犴鄉亭之繫曰犴。」

八　獄　詩『哀我塡寡，宜岸宜獄』（小雅小宛）注：「朝廷曰獄」能書錄『秦獄吏程邈善大篆得罪始皇囚於雲陽獄』史記李斯傳『仰天而嘆曰，嗟乎！悲夫不道之君何可爲計哉！從獄中上書。』

九　圜土　夏帝芬『三十六年作圜土』竹書紀年　周成王設圜土之制。見周禮　鄭康成

云：「圜土，獄域也。」禮記焦喬注「周曰圜土。」

十　囹圄　獨斷「周曰囹圄」　續博物志「周曰囹圄」　焦喬云：「秦曰囹圄」　管子云：『善爲政者，倉廩實而囹圄空；不能爲政者，廩倉虛而囹圄實。』（五輔篇）晏子春秋云：景公藉重而獄多，拘者滿圄。』（諫下篇）諸如此類，不勝枚舉。

十一　嘉石　周禮秋官大司寇『凡萬民之有罪過而未麗於法而害於州里者，桎梏而坐諸嘉石。』

十二　叢棘　易坎卦『上六，係用徽纆，寘於叢棘，三歲不得，凶。』莆陽張氏云：「坎爲刑獄，荀九家易坎爲叢棘。」　傳云：「叢棘若今之棘寺。」

據上所舉，古代監獄名稱之淆雜，可以概見。獨斷以土理均爲四代獄之別名，尤未足徵信，雖然，獄名之複雜，在漢猶然。茲舉其證。如（一）中部官獄　宣帝本紀徐氏曰按後漢百官志考武以下置中都官獄二十六所各令長名。（二）廷尉詔獄　周勃傳詣廷尉詔獄（三）上林詔獄　成帝本紀罷上林詔獄師古曰漢舊儀云上林詔獄主治苑中禽獸官館事。（四）郡邸獄　宣

帝本紀曾孫坐收郡邸獄。注云：漢舊儀郡邸獄治天下郡國上計者。（五）掖庭祕獄　劉輔繫掖庭祕獄；三輔黃圖云：武帝改永巷爲掖庭置獄焉。（六）共工獄　劉輔傳徙繫共工獄。注：考工也。（七）保宮　李陵母繫保宮（八）請室　袁盎傳絳侯反繫請室。注：獄也。（九）暴室　宣帝本紀注云暴室，宮人獄。（十）若盧詔獄。王商詣若盧詔獄（十一）都司空獄　竇嬰劾繫都司空。又伍被傳爲左右都司空詔獄書（十二）居室　灌夫傳劾：夫繫居室，注云後改爲保宮。（十三）內官　東方朔傳昭平君繫內官、又如張湯傳廷尉謁居弟繫導官。師古曰導擇也以主擇米故曰導官時或以諸獄皆滿，故權寄在此署繫之，非本獄所在。在先秦時代亦有囚諸樓臺者，如左傳『邾子又無道，吳子使太宰子餘討之，囚諸樓臺，栫之以棘。』（哀公八年）囚於內宮者如史記始皇本紀：『公子將閭昆弟三人囚於內宮，議其罪獨後。』（二世元年）至於囚於轅者，（左傳莊公三十年）囚於深室者，（左傳僖公二十八年，）具於左傳載之，不一證引。

第三章　監獄之種類

監獄依附刑制而進行，刑之種類，旣有監禁，拘役，之不同。從法律上論之，不可不就其各種刑罰，而異其監獄以執行之。先秦以前，監獄之名稱，如前章所述。然其可確認爲監獄者，究其種類，除『嘉石』『圜土』『犴』『獄』外，尙有疑義。茲就四者，述之於左：

一、圜土　秋官大司寇云：『以圜土聚教罷民，非害人者置之圜土。』凡因過失罪犯而已麗於法者置之圜土。

二、嘉石　秋官大司寇云：『凡萬民之有罪過，而未麗於法，而害於州里，桎梏而坐諸嘉石。』係罪犯之輕微，而未麗於法者，坐諸嘉石。

疏云：先鄭以坐嘉石與入圜土二者爲一，其義不通，故後鄭不從。按司寇職及司救職皆上論嘉石之罪民。下別云圜土之罪民，分明兩罪不同，故後鄭謂圜土所收教者，過失害人已麗於法者，與嘉石之罪民有別。

三、犴　同岸，係鄉亭之監獄。詩『宜岸宜獄。』

四、獄　在朝廷者曰獄　詩『宜岸宜獄』　註「朝廷曰獄」但能書錄載始皇囚程邈於雲

陽獄，則當時郡縣均已有監獄之設備。

第四章　監獄之構造

監獄構造之形狀，種類不一。近時稱爲適當之建築物，即爲十字形，星狀形，及扇面形之三種。周代監獄其名曰圜土。按圜之爲義，集韻「與圓通」說文「天體也全也周也」故其形圜。釋名「又謂之圜土築其表牆其形圜也」（釋宮室）其狀若斗運春秋元命苞「爲獄圜者象斗運還合。」宋均注「作獄圓者象斗運。」

夏商之監獄，其構造之形狀若何，在先秦典籍，不得而考。惟後世之水經注云：

「夏曰夏臺，殷曰羑里，周曰囹圄，皆圜土也。」續博物志亦云：

「夏曰夏臺，殷曰羑里，周曰囹圄，皆圜土也。」是夏之鈞臺，商之羑里，其構造形狀，均與周代圜土相同，可知也。

顧監獄之構造，須適合相當之監禁制度。近世因各種之監禁制度之不同，而監獄之構造，亦

異其形狀。蓋適合於分房制者，每不適於雜居制；適合於雜居制者，又每不適於折衷，或階級制。利害不同，構造斯異。分房制階級等制，在近世尙屬幼稚，何能苛責於先秦。雜居制爲自由刑執行最古之方法，使多數之罪囚，起臥同一監房，就役於同一工場，無論男女之別，罪質之異，以及犯數職業之不同，年齡強弱之差殊，率亂暴狼籍，混同雜居。此種制度，即在今日尙居最多數也。

左傳載：

「十二月，郤犫與長魚矯爭田，執而梏之，與其父母妻子同一轅。」

關於此種記載，雖不可多得，而先秦時代自由刑之執行，普通爲雜居制，則愚敢斷定。

監獄構造狀取圓形，適構雜居制無疑矣。秋官大司寇以圜土聚教罷民，而施職事。其教誨勞役場所，有無分別規定、記載無存，不可深考。

至分房制度，亦似有痕跡可尋。太公金匱云：

「桀怒湯，以諛臣趙梁計，召而囚之鈞臺，置之重泉。」

楚辭天問云：

「湯出重泉夫何辜尤不勝心伐帝誰使挑之。」

國語趙策云：

「文王聞之喟然而嘆，故拘之於牖里之庫。」重泉當在夏臺之中，庫當在牖里之內，自無疑義。重泉也，庫也，均為監獄內房室之名稱，雖未敢斷定，當亦略近之矣。

獨斷論四代獄之別名，并唐虞之「士」「理」與囹圄夏臺同一種類，則屬眞確，其搆造如何，靡得而知。至如具有監禁之性質，如深室，叢棘，樓臺，韇等，僅可想像，靡得而證焉。

第五章　給養

給養者，卽關於衣食居處之謂也。囚人何以必予給養。蓋國家依國權之作用，既取人民於社會之中，寘諸圜土之內。則已與社會隔離，倘不給養，必困於饑寒，慘死獄內。國家刑罰未加，其人之生氣已絕，或罪犯尚未判決，其囚之呼吸已無，無辜罹害，慘虐已極。此豈國家刑罰之本旨耶？論者以為國家可許囚人之自備。若然，則富者珠履來遊，過潭制鎖，鐘乳珊瑚，玲琅滿室，玉屑烹羹，臘薪

飴釜，又奚足以肅紀律而副乎臨獄行刑之本旨哉？貧者無論矣。故時無古今，監獄均有給養之規定。現行監獄規則第五十二條規定；『對於在監者，須斟酌其體質年齡勞役及地方氣候等項，給與必要之飲食衣類，及其他用具。』其規定可謂周密。蓋雖有給養，倘不得其宜，仍不免傷害囚人之健康。給養不周，積日既久，則疾病叢生，至於死亡，又奚足以副周禮秋官司圜

『凡圜土之刑人也不虧體』

之主旨耶？賈公彥注云：「刑人不虧體，對五刑虧體者也。」蓋若因給養不宜，而致疾病死亡者，是使自由刑變爲生命刑身體刑也。古今法理，實屬一致。

此外尚有佐證，爲周禮所明文規定者，如秋官司圜云：

『其罰人也，不虧財。』

賈疏「其罰人不虧財，對五刑疑出金爲罰虧財者也。」故既屬囚徒，應予給養，不當更命其自辦，以虧其財。不然，是使自由刑又變爲財產刑，有悖監獄行刑之本旨。古今法制，無有差異。凡此二則，至理法規。愚謂今世之監獄，對於不虧體不虧財之旨，允當大書於壁，使一般獄吏知所驚惕，亦未

是非一整肅監獄風紀之道也。

禮記月令云

「挺重囚益其食。」（仲夏之月）

孔穎達云：「益其食，皇謂增益囚之飯食，義當然。」張虙云：「恐以庾死，助長長也」方慤云：「挺其囚猶在所繫，故益其食也。」仲夏之月，驕陽肆虐，亢熱如焚，雖屬重罪，亦恐病殞。故於是時挺而拔出於清涼之地，並加以飲食之味。實暫合於現行監獄規則第二八條之規定，精細且過之。

既有益食之制度，則平時之給與，毫無可疑，無待詞費。各國對於監囚賞饗有增加食菜者。我國監獄規則第八十條第三款，亦有明文規定，與禮記益食相同。惟其目的差異。中國古代是否對於監囚賞饗增給菜品，典籍無徵，不得而考。惟有以非人類之食品，而給與監囚者，如殷紂昏殘，以人羹給與囚食，是其適例。如帝王世紀載；

「囚文王文王之長子伯邑考質於殷，為紂御紂烹為羹賜文王曰「聖人當不食其子羹」文王食之」

可謂慘惡極矣！

在監者禁用煙酒，現行監獄規則第五十三條有明文規定。煙酒有刺激性，在監者而吸煙飲酒，實有背於紀律及教養之義；禁之實至當也。惟歐美各國監獄有一定之時，如國慶日祭日，有特定之人，如被告人及服重役，或受賞遇者，許其飲酒吸煙。學者猶多訾議之。我國監獄規則亦不採例外規定。於供醫藥之用者，雖無明文規定，自事實上推想之，當不在此限制。古代亦然。茲摘當時事實如左，而推究當時之法制。左傳載：

「陳逆殺人逢之，遂執以入，陳氏方睦，使疾而遺之潘沐，備酒肉焉，饗守囚者，醉而殺之而逃。」

（哀公十四年）

杜注：「使詐因內潘沐，幷得酒肉。潘米汁可以沐頭。」則因以供醫藥用之例外，而釀成刼獄鉅案也。欲飲酒必先詐病，則囚之不病者，當不能飲酒，從可知矣。

現行監獄規則第五十四條第一項規定云：「在獄者給與灰色獄衣。」故獄衣之有定色，古今所相同。獄衣必有定式者，在今日之觀念，以紀律上，教養上，經濟與夫管理上便利爲目的。在古

代以預防逃走，或藉示羞辱爲其精神。故衣色各有不同，良無疑義。而禁止監囚冠飾者，固無有異也。周禮秋官司圜云：

「司圜掌收教罷民，凡害人者弗使冠飾。」

此周世監獄規則之明文也。不准冠飾，而有墨幪。鄭康成周禮注云：

「弗使冠飾著墨幪」

則當時之獄帽採黑色。獄衣則如何？曰赭色。前漢書刑法志云：

「赭衣塞路」

荀子云：

「殺赭衣而不準」（正論篇）

以赤土染衣，故曰赭衣，（注）獄衣之制，實淵源五帝之繪象。孝經緯云：

「五帝畫象，三王肉刑。畫象者，上罪墨幪，赭衣，雜屨。中罪赭衣雜屨。下罪雜屨而已。」

畫象爲名譽之一種，異其衣服冠履，使不互於村伍也。古代獄衣之制，既根據此種觀念而來，

於預防逃走之外，實兼有藉示羞辱之目的。現代獄衣之顏色不尚鮮異，採用灰色。古今觀念既各不同，斯其顏色亦因而互異也。

監獄規則第五十五條規定云：『監房及其他在監者之處所於極寒時，得設暖房。但設備暖房之時間，由監獄長官定之。』我國古代於炎熱之候，『既有挺囚益食』之制度，爲禮記所規定者。而於冬寒之季，瀏覽諸書，殆無其載。自法理上推斷，古代於炎夏既有辦法，於寒冬亦必定有其規制。其文典散佚歟？抑實無其制歟？是不得而考矣。

囚人既由國家斟酌其體質年齡地方氣候，而給予飲食衣物，自不准自由購買與享用。蓋所以保全紀律與教育之本旨也。然亦有例外，如監獄規則第五十四條之規定；『除一定獄衣外。所有衣被苟無礙於紀律及衞生者，得許在監者自備。』德國監獄法第二十九條之規定，許囚人以工錢之一部分，購求常食外之飲食物。第三十條之規定，處城塞禁錮拘留者，基於監內管理規則之規定，有以自費支辦食料之權利。是均許囚人自辦物件之明證。我國古代於此，雖無明文，必有其制，毫無容疑也。又德國監獄法第三十一條第二項規定，對於有公權之禁錮囚，典獄有許可其

自辦衣服臥具之事。本條規定，揆諸我國古代事實，頗屬軿合，如左傳載：

「晉人執衞侯歸之于京師寘諸深室。甯子職納橐饘焉。」（僖公二十八年）

杜預註；「甯俞以君在幽隘，故親以衣食爲己職。橐衣囊饘糜也」衞侯爲晉囚，一切自由，率被剝奪。晉以其爲衞國之君，留其侍臣，以奉衣食。揆諸德國監獄法第三十一條第二項之規定，又豈有間耶？而孔穎達疏謂甯俞親已衣食爲己職者，慮君飢渴，且防酖毒也。竊謂不然，今衞侯既爲圜土之囚，生之殺之，惟晉所欲，甯俞奚能爲力。所以許其自辦，留其侍臣者，蓋不外「侯」之關係焉耳。

第六章　勞役

關於中國古代監獄勞役之規定，於第三編第二章第一節第三項，略已舉之。玆再加以究考。

考周禮秋官大司寇規定：

「以圜土聚教罷民，凡害人者寘之圜土，而施職事。」

鄭注「施職事以所能役使之」賈疏：「罷謂困極罷弊。此圜土被囚而役是不恩作勞之民，有似

罷弊之人也。」秋官司圜亦規定：

「任之以事。」

鄭注「任之以事，若今時罰作。」則以罷民傲惰放僻，厭其職業，陷於貧窮，貧窮之結果，即爲犯罪間接直接之大原因。故秋官大司寇司圜均明文規定，科監囚以勞役以期化放蹤游惰之惡人，使復歸於誠實勤勉良民之旨趣。其主義與罪隸之苦役，（奴辱主義）城旦之輸邊，（經濟主義）不同，實與近世所採之勞動主義，作業主義，脗合無間，眞得行刑之眞諦矣。

在監獄規則規定服勞役者須斟酌其年齡，罪質，刑期，身分，技能，職業及將來之生計，體力之強弱科之（第三十五條）故少者老者不可科以重役，短期囚不可課以學習須長時間之作業，長期囚不可課以簡單易習之作業，文人官吏不可課以搬運營繕之業，愚鈍者不可課以精細之役，如有素習職業者不可科以他種職役，衰弱者不宜任以重役，廢疾者不可任以搬運，舉其數例，他可類推。至如勞役之時間，定諸第三十八條。（在監者每日勞役時間於七小時以上十小時以下之範圍內斟酌時令地方情形監獄構造及勞役種類定之教誨教育接見詢問診察及運動所

需時間得算入勞役時間）勞役之科程，定諸第三十九條。（對於服勞役者應定相當科程各種勞役科程以前條勞役時間及普通一人平均工作分量為標準均一定之）免役之期日，定諸第四十條。（（一）國慶日（二）紀念日（三）十二月末一日（四）一月一日至三日（五）星期日午後（六）祖父母父母喪七日（七）其他認為必要時）凡此種種，古代監獄有無規定，典籍無徵，不可考矣。

勞役所得之收入，究如何歸屬，此重要之問題，不可不亟為研究也。考各國獄制之所定，大別有三種。其一概歸國庫。其二分歸國庫及就業者。其三由監獄官吏保護事業及就業者三分之一。採第一種者，如德英奧是。第二種者，如法比及日本舊獄制。第三種者如瑞典是。我國監獄規則第四十二條規定因勞役所得之收入概歸國庫，與德英奧所採法制從同。古代於此，雖無明文，究亦與現行例相同，毋用疑義。然現行例雖認為概歸國庫，亦每每對於囚人酌給賞與金，蓋所以使囚人於服役之時，得資慰藉，放免之後，儲以營生，固策之得也。故監獄規則第四十三條有服勞役者，得斟酌其行狀罪質成績等，分別給與賞金之規定。古代有無此種規定，籍無明文，不得而考。

在監者除法定工作外，得自由工作與否，監獄規則無明文規定。想若無礙於監獄紀律者，定所不禁。古代法制，蓋亦如是。如文王被囚羑里七年而演周易。程邈囚於雲陽獄，增減大篆體，去其繁複。（見能書錄）如李斯從獄中上書。（見史記李斯傳）均其適例也。

第七章　教誨

按監獄規則第四十八條爲教誨之規定；第四十九條爲教育之規定。教誨在教化德性爲精神上之修養；教育在啓發理性爲智能上之訓練，二者之區別，如斯而已。德育與智育關係密切，不可偏廢。故近代監獄法於二者均垂有明文。而我國古代之監獄，則偏重德育。故茲章爲教誨，不曰教育。

周禮秋官大司寇云；

「以圜土聚教罷民」

鄭康成注聚教罷民，其中困苦以教之爲善也。鄭鍔注天之體圜而大德曰生。獄城圜。主於仁而已。

民爲不善有致死之道，聖人之心，常欲生之。又云變惡爲善，殆不旋踵。秋官司圜亦有明文。如「掌收教罷民」劉執中云：俾民改情而復性，然後舍之，爲教亦大矣。故曰收教。是古代之監獄，原以教誨爲目的，以感化爲精神，與近世最新學說殆無不相同也。

查德國監獄法第三十三條之規定，即懲治場，地方監獄，及幼年監，須以日曜日及祭日使囚人爲祈禱且聽說教。但有特別事情時，典獄不使囚人與於教誨者有之，但不能強制囚參與其宗旨外之教誨。且不可禁止囚人從其同宗旨之僧侶受勸化。我國監獄規則第四十八條之規定，即在監者一律施教誨，其辦法如何？規則無明文規定。古代監獄關於教誨之事實，典籍亦無徵，未敢妄斷。

然周禮秋官大司寇有「凡害人者寘之圜土，……以明刑恥之。」之明文。鄭康成注明刑書其罪惡於大方版，著其背。秋官司圜亦有

「而加明刑焉」之明文。鄭鍔注明書其罪於背，所以告人使知其以是罪而至於如此也。實爲後世囚名記錄，罪質記錄，及宣布罪狀之濫觴。在當時原以明書其罪狀，與衆共知，使知恥自新之意。倘亦當時所認爲教誨之一方法歟？

第八章　衞生及醫治

監獄之衞生及醫治，監獄規則規定於第八章，自第五十七條迄第六十六條。或以在監者而爲其講求衞生及醫治之道，失諸優渥，殊不謂平。不知監獄生活，不能自由，倘不講求衞生則死亡必衆，學者有謂不衞生之監獄，爲無形之斷頭臺，則揆之監獄之本旨，又豈容合耶？故監獄實有衞生之必要。

監獄衞生在我國古代亦定有法規，禮記月令所言「仲夏之月，挺重囚益其食。」

亦當時對於在監者衛生之一端。至在監者若罹疾病，監獄規則之所規定：重者收入病室；（第六十條）罹激性傳染病時，與他在監者嚴離隔；（第六十條）病者所用物品次消毒後方可給與他在監者使用；（第六十二條）病重者經監獄長官許可，得自費招請醫生治療；（第二十四條）因特種疾病醫士請以該種專門醫生補助時得許之。（第六十五條）古代禮記月令垂有明文，如：

孟秋之月，命理瞻傷，察創視折。

是豈非醫治之道耶？

第九章　刑具

本章首當述明者，所述各種刑罰，不必盡屬先秦時代於監獄之內執行。周禮掌囚定各種刑罰之等級，而賈公彥謂古者五刑不入圜土，故周禮掌囚別於司圜；是各種刑罰不必盡屬監獄執行明矣。對於何時何地可用，亦無一定。愚之所以殿諸本編者，以本章與監獄較多關係耳。又本章

之所謂刑具者，僅屬自由刑之執行，他若生命刑之斧鉞，刀鋸；身體刑之鉗笞鞭扑，片斷緒餘均已見刑罰編中，均略而不論。

夫監獄收容多數罪犯，良莠麕集，品類不殊，即不能無犯秩序者；或因其罪犯本重應科特別戒備，故不能無戒備之方法。施行戒備之手段如何，則愚所亟爲討論之刑具。刑具之施行，視犯罪之狀況與犯者之性質而定。近時各國對於罪犯重者加以鐵鎖足錠鈦之類、德國有名覆面者，係以硬物罩於臉上，施於囚人之性格不良，或恐其逃走，如逃走則呼吸不通，又能及死，甚爲危險，今雖早已改良其方法矣。日本前有十字枷，將囚梆於架上，嗣改一椅，如乘轎然有木槓以架之，使身體不能活動，即懲楊也。我國刑具最早爲三木、桎梏、拲是也。考桎梏之刑，書無載，究始於何時，不可深考。惟六經言桎梏者，始於周易蒙卦

「初六發蒙利用刑人用說桎梏以徑吝」

殷紂不道，作梏數千，諸侯之不諂己者，杖而梏之，聖德如文王被桎梏於羑里至七年之久。

新書言：

『紂作梏數十，睨諸侯之不諂者，杖而梏之。文王桎梏於羑里七年而後得免。』（君道篇）羑里，殷獄也，是罪囚在獄加以桎梏見諸記載之始，謂罪囚於監獄內桎梏始於殷紂，雖未敢武斷，而殷紂以前典籍殆無可考。周官詳定桎梏之制，輕重如何，均有規定。欲明此問題，必先研究三木各施於人軀之何部。昔儒於此解釋不一，舉之如左：

鄭康成云：

『拲者兩手共一木也。』

劉敞云：

『在頸曰梏。春秋傳以弓梏華弱於朝。易曰童牛之梏。』

王安石云：

『梏在脰，桎在足，拲在手。左傳以弓梏華弱於朝，則梏在脰明矣。』

鄭康成云：

『桎梏者，兩手各一木也。在手曰梏，在足曰桎。』

漢書韋昭音拱云：

『兩手共一木曰拲，兩手各一木曰梏。』

孔穎達云：

『先鄭云拳者兩手共一木也者，於義是以其拲字共下著手，又與梏共文，故知兩手共一木，以與梏同在手則不可。故後鄭不從，而謂在手曰梏，在足曰桎，此無正文以先言梏後言桎，故知義然。若然中罪先言拲，後言梏者，便文不據先後也。』

愚按一木曰桎，說文云：『足械也。』徐氏云：『桎之言躓也躓礙之也，械在足曰桎。』爾雅云：『械謂之桎。』鄭康成云：『木在足曰桎。』王安石云：『桎在足。』孔穎達云：『在足曰桎』諸儒均謂係桎足械，可以無疑。二木曰梏說文云：『手械也。』鄭康成云：『在手曰梏。』而王安石劉敞均謂梏在頸，且引左傳記載爲證。孰非孰是，未敢武斷。但後世則認梏係手械。三木曰拲，說文云：『兩手同械也。』鄭元云：『拳者共一木也。』王安石云：『拲在手。』韋昭云：『兩手共一木曰拲。』拲係兩手同械之刑具，諸儒所說均同，毫無疑義。三木之施既明，則當進而研究其輕重。周禮秋官

掌囚云：

『掌囚掌守盜賊，凡囚者上罪梏拲而桎，中罪桎梏，下罪梏』

刑有三木之殊，罪有輕重之別，故三木或備或不備，均有明文規定。罪之重者梏桎拲三木皆全，罪之次者具二木桎梏是也，罪之輕者，僅具一木，梏其手也。惟王之同族及有爵者，不在此例，縱屬重罪，或拲或桎，祇具一木而已。拲又較桎為輕，如秋官掌囚之規定：

『王之同族拲，有爵者桎。』

凡罪刑未審理及已經審理而判決以前，三木之施，均不可去，以待審判，故曰：

『掌囚掌守盜賊凡囚者上罪梏拲而桎，中罪桎梏，下罪梏。王之同族拲，有爵者桎，以待弊罪。』

賈公彥疏謂：『云待弊罪者，禁而待斷之也。』則凡死刑之執行雖在囚時不具梏者均加具之，以書其姓名及罪狀於梏，使衆共知，故梏又為當時宣布罪狀之用，秋官掌囚云：

『及刑殺告刑於王，奉而適朝士，加明梏以適市而刑殺之。』

鄭康成云：『鄉士加明梏者，謂書其姓名及其罪於梏而著之也。囚時雖無梏者，至於刑殺皆設之

以適市就罪也。』禮記月令於具梏去梏明文規定如左：

『仲春之月，命有司省囹圄，去桎梏。』

『孟秋之月，命有司修法制，繕囹圄，具桎梏。』

呂氏春秋仲春紀亦云：

『是月也……命有司省囹圄，去桎梏無肆掠。』

左傳所載具桎梏者，有如后舉：

（一）因諫而梏者，如莊公三十年載：

『夏，四月，楚公子元歸自伐鄭而處王宮鬬財師諫則執而梏之。』

（二）因爭田而梏者，如莊公三十年載：

『十二月，郤犨與長魚矯爭田，執而梏之，與其父母妻子同一轅』。

（三）因押謗而梏者，如襄公六年載：

『春，宋華弱與樂轡少相押，長相優，又相謗也，子蕩怒以弓梏華弱於朝。』

三木之外，有繫縛罪囚之繩索，周易坎卦云：

「上六，徽纆寘於叢棘。」

爲罪囚繫縛見於記載之始。孔穎達「所以被繫用其徽纆之繩」程頤云：「如繫縛之以徽纆」愚按徽纆係繩索之屬。玉篇「徽，大索也。」博雅「纆，繩索也。玉篇亦作纆」說文云：「三股曰徽兩股曰纆，皆索名。」無疑義矣。禮記月令孟夏之月，則：

「斷薄刑，決小罪，出輕繫。」

呂氏春秋孟夏紀

「麥秋至斷薄刑決小辠，出輕繫」

荀子云：

「假則束乎有司」（非相篇）

楊倞註：犯刑法爲有司所束縛也。韓非子云：

「或在囹圄縲紲纏索之中。」（說疑篇）

史記李斯傳云：

「二世以李斯屬郎中令趙高案治，李斯拘執束縛居囹圄中。」

呂氏春秋載：

「韓氏城新城期十五日而成，段喬爲司空。有一縣後二日，段喬執其吏而囚之。囚者之子走告封人子高曰：「惟先生能活臣父之死，願委之先生。」封人子高曰「諾。」乃見段喬……封人子高出段喬使人夜解其吏之束縛也而出之。」（開春篇）

是皆繩索繫縛罪縛之明證。古代於解交與引渡犯人有柙仍加束縛，如管子載：

「於是魯君乃不殺，遂生束縛而柙以予齊。」

按廣韻「柙，檻也。」可知檻車之制，由來已古。凡罪囚置於檻車，仍具桎梏不脫。如說苑載子路與孔子評論管子。子路之言云：

「桎梏而檻車中無慚色，是無愧也。」

現行監獄規則第二十六條規定，戒具設窄衣、手銬、捕繩、聯鎖四種。使用戒具乃戒護上不得

己之舉，故限於在監者現在舉動有逃走暴行自殺之虞，或押送或監外服役易於逃走之地，始許使用。若其人無有逃走之虞，而任意施行，則須負濫用之責任。故施用戒具，有法定要件。監獄規則第二十六條規定：『在監者有逃走暴行自殺之虞，及在監外者，得加以戒具，』是其立法主旨，揆諸古代迴乎不侔也。故愚於本章之名稱而曰刑具，不曰戒具。博雅以爲何如？茲將先秦於後關於刑具之法制，摘舉於篇，用資參考。

漢　景帝中六年夏五月詔定箠令。見漢書景帝本紀及漢書刑法志。

後漢　章帝元和六年七月，詔理獄禁鉆鑽之屬，見後漢書章帝本紀。獻帝建安　年定犯鈦左右趾者，易以木械。見文獻通考，按後漢書獻帝本紀不載。

魏　明帝青龍二年，詔減鞭之制。見魏志明帝本紀

梁　武帝天監元年，定鞭杖之制。見隋書刑法志。按梁書武帝本紀不載。

北魏　獻文帝皇興　年定杖刑制用荊平其節。見刑罰志。按魏書獻文帝本紀不載。

宣武帝正始　年定枷杖之制。見文獻通考，按魏書宣武帝本紀不載。

孝明帝熙平二年正月詔桎梏務存輕小，見魏書孝明帝本紀。

北齊　文宣帝天保元年令守宰各設棒以誅屬請之使，尋罷之，見隋書刑法志按北齊書文宣帝本紀不載。

隋　文帝開皇元年，詔更定新律，除法外刑具，枷杖大小咸爲程品。見刑法志，按隋書文帝本紀不載。

唐　高祖武德四年，定枷杖之制。見文獻通考，按唐書高祖本紀不載。

元宗開元　年，王旭制嚴酷獄具，見唐書王旭傳，按唐書元宗本紀不載。

後晉　出帝開運　年，始禁淫刑。見宋史竇儼傳，按五代史出帝本紀不載。

宋　太祖建隆元年，定常行官杖制，見宋刑法志按太祖本紀不載。

金　熙宗天眷三年，詔罷酷毒刑具。見刑志按金史熙宗本紀不載。

元　英宗至治三年，通制成其一切獄具，俱有定制。見元史英宗本紀。

明　太祖洪武二十二年，令焚錦衣衛非法獄具，悉以所繫囚送刑部審理。見明會典。

清

順治十七年題准凡問刑衙門無真贓確證，及戶婚田土小事，不得濫用夾棍。見大清會典